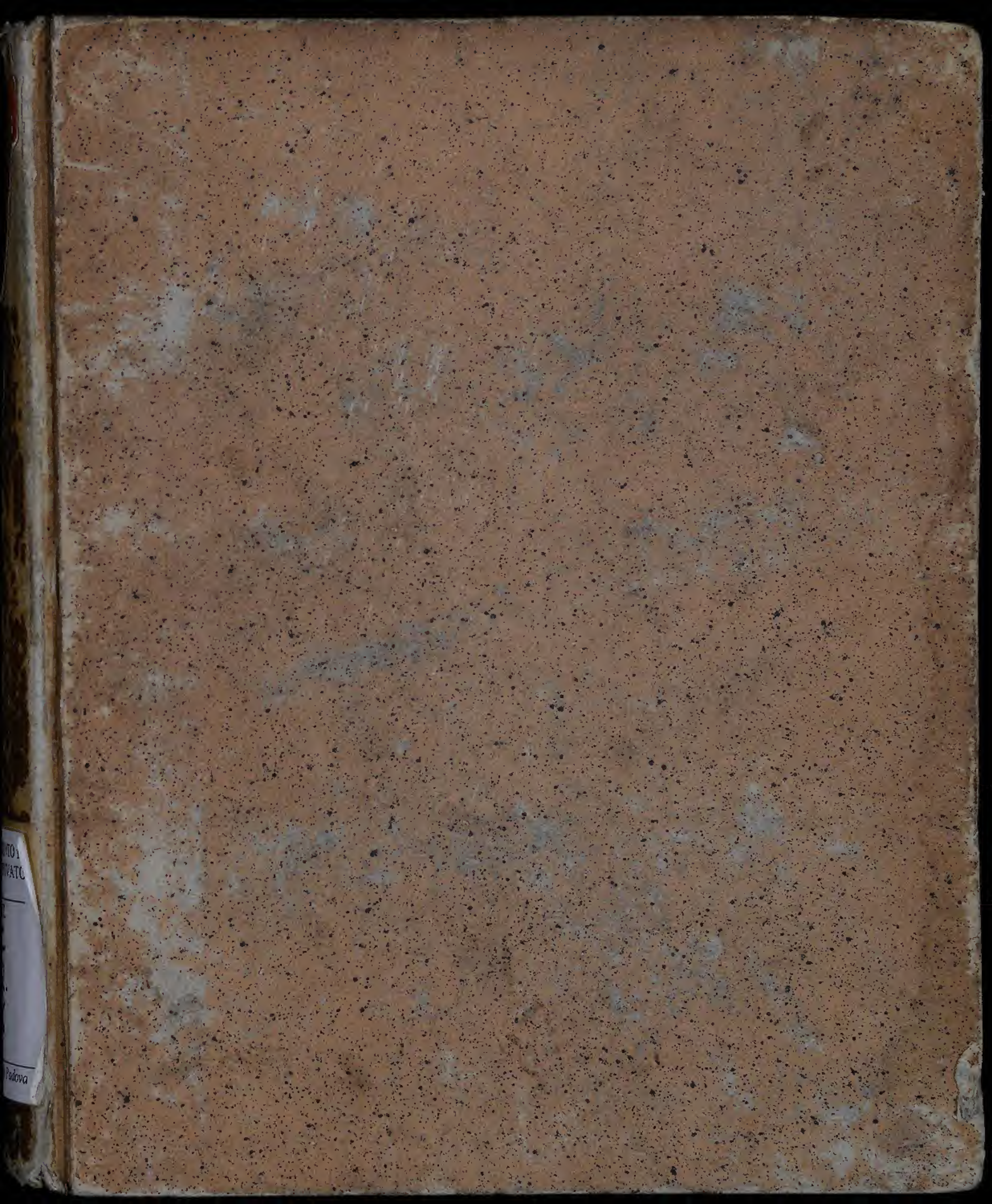

Padova

Dr. Theodor Hagemann's

Königl. Großbritannisch-Hannoverschen Director's und Chefs der Justiz-Canzlei zu Zelle, Ritters des Königl. Guelphen-Ordens

practische Erörterungen

aus allen Theilen

der Rechtsgelehrsamkeit,

hin und wieder

mit Urtheils-Sprüchen des Zelleschen Tribunals

und

der übrigen Justizhöfe

bestärkt.

Siebenter Band.

Hannover, 1824.

In der Hahnschen Hofbuchhandlung.



Verzeichniß der Erörterungen.

Ueber

I. Erört.

I. Erörterung.

Von den in der Obergrafschaft Hoya geltenden Landes-Gesetzen.

1.

Die Beantwortung der Frage: welche Verordnungen, Zellische, Calenbergische, oder Wolfenbüttelsche, von diesen und jenen Jahren, in der Obergrafschaft Hoya gelten, und gesetzliche Kraft haben? muß vorzüglich aus der Landesgeschichte hergenommen werden, weil bekanntlich die Grafschaft Hoya bald ganz, und bald zertheilet, wechselsweise unter der Landesherrschaft der verschiedenen Linien des Hauses Braunschweig-Lüneburg gestanden ist.

2.

Ebengedachtes Fürstenhaus kam dadurch zu dem Besitze der ganzen Grafschaft, daß der Stamm der alten Grafen von der Hoya, welche ihre Lande seit d. J. 1524 von den Herzogen von Braunschweig und Lüneburg zu Lehn getragen hatten, am 25. oder 26. Februar 1582, durch den Tod des letzten Grafen Otto ausging. [1]) Die Herzöge Wilhelm der jüngere zu Lü-

1) Pfeffinger Braunschw. Lüneb. Historie L. 5. Cap. 1. 9. 2. nr. 9.. Scheidt Zusätze zu Mosers Br. Lüneb. Staats-Rechte S. 284 Palm vom Hoyaischen Leibeigenthum i. Vorberichte §. 5.

endlich auch Herzog Friedrich zu Zelle durch einen Neben-Receß, von eben dem Tage, vorbenannten beiden Brüdern bereits damals, bei seinem Leben, den Besitz der Obergrafschaft Hoya per pactum constituti possessorii übergab; so führten daselbst die Herzöge Christian Ludwig und Georg Wilhelm die Regierung gemeinschaftlich, bis zu des Ersteren den 15ten März 1665 erfolgten Ableben. Nun setzte sich der dritte Sohn Herzogs Georg, der Herzog Johann Friedrich sofort in den Besitz nicht nur des Fürstenthums Lüneburg und Grubenhagen, sondern auch der ganzen Grafschaft Hoya, worin er verblieb, bis die zwischen ihm, und Herzog Georg Wilhelm über das Jus optionis entstandene große Streitigkeit, durch Vermittelung der Krone Frankreich und verschiedener deutschen Fürsten, am 2ten September 1665 zu Hildesheim verglichen wurden, und durch den damals errichteten Receß Herzog Georg Wilhelm unter andern auch die Obergrafschaft Hoya erhielt.[8]) Letztgedachter Herzog gab seiner, am 21sten November 1682 mit dem damaligen Hannöverischen Erbprinzen Georg Ludwig, nachherigen König von England Georg I. vermählten einzigen Tochter, Sophie Dorothee, die Grafschaft Hoya zum Heiraths-Gute mit, trat dem Hause Hannover die Aemter: Harpstedt, Bahrenburg, Diepenau, Stolzenau, Steierberg und Siedenburg mit d r Landeshoheit ab, und behielt blos die Aemter Ehrenburg und Sycke unter seiner Landes-Herrschaft.[9]) Als endlich durch des Herzogs Georg Wilhelm am

8) Pfeffinger L. 5. Cap. 8. 9. 2. nro. 10. Palm a. a. O. v. Selchow Geschichte des Hauses Br. Lüneb. §. 300.

9 Palm a. a. O. § 307. Rethmeier Br. Lüneb. Chronik S. 2,799 u. f. Schlegel Kirchenrecht B. 1. S. 52.

28sten August 1705 erfolgten Tod die Regierung der Braunschweig-Lüneburgischen Lande, Zellischen und Hannoverischen Theils, vereiniget wurden; so kamen auch die beiden Aemter Ehrenburg und Sycke in den Landesherrlichen Besitz des vormaligen Churhauses Br. Lüneb.

3.

Nach Anleitung dieser historischen Thatumstände ist bei der Beurtheilung der Verfassung der Obergrafschaft Hoya, und bei der Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten, unter den dortigen Eingesessenen, insofern sich nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet findet, auf folgende Landes-Verordnungen zu sehen: [10])

1. Vom 26sten Febr. 1582 bis zum 7ten Novemb. 1584 die gemeinschaftlichen Constitutionen Herzogs Julius zu Wolfenbüttel und Herzogs Erich d. Jüng. zu Calenberg;
2. Vom 7ten Novemb. 1584 bis zum 3ten Mai 1589 auf die Verordnungen Herzogs Julius zu Wolfenbüttel allein;
3. Vom 3ten Mai 1589 bis zum 20sten Julius 1613 auf die Gesetze Herzogs Heinrich Julius zu Wolfenbüttel;
4. Vom 20sten Julius 1613 bis zum 11ten Aug. 1634 auf die Verordnungen Herzogs Friedrich Ulrich zu Wolfenbüttel; [11])

10) Von den ehemaligen Grafen von der Hoya finden sich überall keine Verordnungen mehr. Palm a. a. O. im Vorberichte.

11) Nach dem Zeugnisse des Palm a. a. O. §. 9. soll in der Obergrafschaft Hoya auch die Policei-Ordnung Herzogs Christian zu Lüneburg v. J. 1618 durch die Observanz recipiret seyn.

5. Vom 11ten August 1634 bis zum 30sten März 1642 auf die Constitutionen Herzogs Wilhelm zu Harburg;

6. Vom 30sten März 1642 bis zum 10ten Decbr. 1648 auf die Gesetze Herzogs Friedrich zu Lüneburg;

7. Vom 10ten Decemb. 1648 bis zum 15ten März 1665 auf die gemeinschaftlichen Verordnungen der Herzöge Christian Ludwig und Georg Wilhelm;

8. Vom 15ten März bis zum 2ten September 1665 auf die Verfügungen Herzogs Johann Friedrich;

9. Vom 2ten Septemb. 1665 bis zum 21sten November 1682 auf die Verordnungen Herzogs Georg Wilhelm zu Zelle*); jedoch mit Ausnahme der Aemter Ehrenburg und Sycke, in welchen die, von dem gedachten Herzoge, von 1665 bis zum 28sten August 1705 erlassenen Constitutionen gelten;[12]) Endlich

10. nach dieser Zeit auf alle, auf die Grafschaft Hoya allein, oder in Verbindung mit anderen Landes-Provinzen, gerichtete Chur-Braunschweig-Lüneburgische Landes-Constitutionen.

*) Seit dem 21. Nov. 1682 haben in den obenerwähnten sechs Aemtern nur die Calenberg. Verordn. gesetzliche Kraft, und daher gilt in denselben auch die Dannenbergische Schulordnung vom 16. Aug. 1687 nicht. Schlegel Kirchenrecht B. 3. S. 405. Erörterung nr. 42.

12) Die Grafschaft Hoya erhielt unterm 19ten Novemb. 1705 und 26ten März 1706, eine ausdrückliche Zusicherung, wegen der Beibehaltung der vorigen Verfassungen und Gesetze.

Engelbrecht de genuin. decis. font. in terris Bruns: Lüneb. pag. 8. Not. a.

II. Erörterung.

Competenz. Alimenta extraordinaria.

Die Gläubiger sind unter gewissen Umständen verbunden, den in Concurs verfallnen Vasallen oder deren Kindern nothdürftige Alimente aus den Lehnsrevenüen zu verabreichen.[1] Diese Verbindlichkeit beschränkt sich nicht allein auf die natürlichen, sondern sie erstreckt sich auch auf die Civilalimente, z. E. die Militairequipage, und bei Töchtern auf die zu einem Klosteretablissement nöthigen Kosten. Das Oberappellationsgericht erkannte am 20sten Septemb. 1817 in Sachen des Adelepsenschen Curatoris concursus, Dr. Scharlach, wider die Majorin von Adelepsen, in pto. Competenz, auf folgende Weise: Wenn gleich die durch den Imploranten repräsentirte Gläubigerschaft wohl angehalten werden mag, die zur Equipirung des minderjährigen Sohns der Imploratin nothwendigen Gelder herzuschießen, maßen besagte Gelder zu den alimentis extraordinariis zu referiren sind; da jedoch das zu diesem Behuf von der Imploratin geforderte Quantum, ad 1000 Rthlr. Cassen-Münze, herabgesetzt werden kann und muß, so ist dasselbe, wie hiermit geschiehet, auf 600 Rthlr. Cass.-Münze zu bestimmen, und vom Curator auszuzahlen.

1) Pract. Erörter. VI. 5.

III. Erörterung.

Erkenntnisse in Strafsachen. Ergreifung der Rechtsmittel gegen dergleichen Urtheile.

Wenn der Verurtheilte, mittelst der Appellation, Nichtigkeitsklage, oder auf dem Wege einer anderweiten Vertheidigung, seine Straflosigkeit, oder geringere Strafbarkeit ausführen will, und solches zu erkennen giebt; so darf der verurtheilende Richter sein Erkenntniß nicht vollstrecken.[1]) Versuche der Art sind vom Oberappellationsgericht, durch Officialrescripte, stets mit Nachdruck gemißbilligt. Am 26sten Nov. 1814 rescribirte dasselbe, ad acta Albrecht w. Marwedel pto. injuriarum, an das vormalige Amt L. auf folgende Weise: Den Unterrichtern steht es nicht zu, dem Verurtheilten die gesetzlich zugelassenen Rechtsmittel eigenmächtig abzuschneiden und zu versagen, oder ihn an der legalen Verfolgung derselben zu hindern, und sie sind nicht befugt, so bald der Condemnirte erklärt, seine Unschuld, oder geringere Strafwürdigkeit bei dem Oberrichter ausführen zu wollen, das condemnatorische Erkenntniß sofort zu vollstrecken, oder sich ein Urtheil darüber anzumaßen, ob der Verurtheilte im Stande seyn werde, eine Aufhebung des Straferkenntnisses, oder einen die dictirte Strafe mildernden Ausspruch bei der Oberbehörde

1) Oberappellat. Ger. Ordn. Proömium Not. 15. und Th. 2. Tit. 1. §. 2. derselben, Not. 2. Verordnung vom 22sten Dec. 1822 §. 6.

hörde zu erwirken. Unser Amt ... hat diese bekannten Regeln des Criminal-Processes in der erwähnten Untersuchungssache aus den Augen gesetzt, und durch seine beobachtete Procedur zu dem Verdachte Anlaß geben mögen, daß es von Präoccupation und vorgefaßten Meinungen geleitet sey. Da nun Alles, was der Ehre und dem Ansehn unserer vaterländischen Justizverwaltung zuwider und dem Glauben der Unterthanen an eine völlig gerechte und unpartheiische Justizpflege hinderlich seyn könnte, sorgfältig zu vermeiden ist, und ein entgegengesetztes Benehmen der Richter nicht übersehen werden darf, vielmehr die höchste Mißbilligung verdient: so wird euch eure in dieser Untersuchungssache beobachtete gesetzwidrige Verfahrungsart mit dem ernstlichsten Nachdrucke hierdurch verwiesen, und bei Vermeidung unausbleiblich unangenehmer Verfügung euch anbefohlen, in Zukunft völlig parthei- und rücksichtlos, den gesetzlichen Vorschriften gemäß, in dergleichen Fällen zu procediren.



IV. Erörterung.

Die Einrede der Verjährung kann der Richter nicht ex officio suppliren.

Die früherhin geäußerte Meinung[1]), daß der Richter die Ausflucht der Verjährung nicht von Amtswegen ergänzen dürfe, ist vom Oberappellationsgerichte am 1sten Mai 1815 in Sachen v. d. Bussche w. v. d. Bussche, in pto. debiti, dahin angenommen: Hiernächst aber der Richter, wenn sich auch der Ablauf der Verjährungszeit aus den Acten vollkommen ergiebt, in der Regel weder im contradictorischen noch Contumacial-Verfahren befugt ist, die Einrede der Verjährung, da dieselbe blos in facto beruhet und, außer den Zeitverlaufe, noch andere Requisite erfordert, welche eine richterliche Untersuchung nothwendig machen, daneben auch die Klage selbst nicht ipso jure, sondern lediglich erst durch den Einwand jener Einrede vernichtet wird, ex officio zu suppliren, und darauf den Kläger mit seiner erhobenen Klage von Amtswegen abzuweisen; so ist die Sententia a qua aufzuheben u. s. w.

1) Pract. Erörter. B. 1. 2te Auflage Nr. 74. S. 352.
M. s. auch Archiv für die civilistische Praxis von Löhr, Mittermaier u. Thibaut, B. 1. Nr. 28 u. 29.

V. Erörterung.

Ueber die Bestrafung der drei und mehrmal eingetretenen Schwängerung.

Die gemeinen peinlichen Gesetze haben auf die außereheliche Schwängerung, sie mag ein, oder mehrmal eingetreten seyn, keine besondere Strafe gesetzt [1]). Die Reichs-[2]) und unsere Landespoliceigesetze[3]) wollen indeß die Unzucht policeimäßig geahndet wissen; aber die zum drittenmale geschehene Schwängerung soll criminell untersucht, und mit der Landesverweisung gestraft werden [4]). Die leztere pflegt in eine angemessene Zuchthausstrafe verwandelt zu werden [5]), weil durch die Anwendung der ersteren die Kinder meistens dem Staate,

1) Tittmann Handb. der Strafrechtswissenschaft §. 568.

2) Reichs-Policei-Ordnungen v. J. 1530 Tit. 33. v. J. 1548. Tit. 25. v. J. 1577. Tit. 26.

3) Züneb. Policeiordnung v. J. 1618. Kap. 6. Verordn. wegen der Unzuchtsbrüche, vom 29. Jun. 1688 in Corp. Const. Lüneburg. cap. V. p. 82. f.

4) Lüneb. Policeiordn. a. a. O. §. 8. Pufendorf proc. crim. B. L. c. IV. §. 15. 22. 26. und cap. 24. §. 22.

5) Struben II. 108. §. 4. Meister pract. Bemerkungen B. 2. S. 221.

oder den Communen ganz zur Last fallen würden. Das Gesetz bestimmt zwar allgemein die Strafe der Landesverweisung auf die drei und mehrmalige Schwängerung[6]); allein nach dem neuern Gerichtsgebrauche der K. Justizcanzlei zu Celle, wird diese peinliche Strafe erst dann zur Anwendung gebracht, wenn die Geschwängerte schon einmal wegen eines Unzuchts-Vergehens, bestraft war. Diese Meinung rechtfertigt sich auch aus der Analogie, indem unsere Landesgesetze so wohl in eigentlichen peinlichen Verbrechen, z. E. beim dritten Diebstahl[7]), als auch bei policeilichen Vergehen, z. B. der criminellen Bestrafung der Trunkfälligkeit[8]), auf eine frühere, ohne Besserung gebliebene, Bestrafung gesehn, und geachtet wissen wollen. Die K. Justizcanzlei zu Celle erkannte daher, am 18ten October 1819, die Marie Seegers betreffend: Wenn nun die gesetzliche Strafe des Stupri tertia vice reiterati eine, wegen der frühern Schwängerungen erlittene policeiliche Ahndung voraussetzt, solche aber noch zur Zeit nicht statt gefunden hat, so ist dieselbe mit einer Policeistrafe zu belegen und solche von euch gegen sie zu erkennen. Auf gleiche Weise ist im J. 1819 wider J. E. Scheele, im April 1820 wider Friederike Klinge, und im Aug. 1823 wider Johanne Appe, wegen drei- und viermaliger Schwängerung, gesprochen.

6) Man erklärt die Vorschrift der Policeiordnung nur von der Schwängerung, ob sie gleich wörtlich von der bloßen drei und mehrmal wiederhohlten Unzucht spricht. Allein die Letztere wird meistens erst durch den Eintritt der Schwängerung kundbar.

7) Rescript vom 17ten März 1722. Meister pract. Bemerkungen B. 2. S. 114. ff.

8) Verordn. vom 5. Dec. 1736 in Corp. Const. Lüneb. C. IV. p. 1914. Pufendorf l. c. cap. 24. §. 36 u. 37. Rescript des Justizdepartements vom 25. Apr. 1809.

VI. Erörterung.

Gesetzliches Pfandrecht des Verpächters eines Landguts. Retentionsrecht, und Arrestverfügungen.

Der Verpächter eines Landguts, oder ländlichen fundi — praedii rustici — hat wegen aller aus dem Pachtcontracte entspringenden Verbindlichkeiten des Pächters ein gesetzliches Pfandrecht an den Früchten aller Art, jedoch nur an denen, welche auf dem verpachteten Grund und Boden selbst gewachsen und gewonnen — percipirt — sind[1]). Dasselbe erstreckt sich daher, ohne specielle Verabredung, weder auf die zugekauften, in eine andere Gattung und Art, z. E. Bier, Brantewein, verwandelten Früchte, oder auf Dinge und Sachen, die aus dem Erlös der Früchte angeschafft[2]) sind; noch auf andere Gegenstände, z. B. Mobilien, Moventien, Acker- Vieh- und Wirthschaftsinventarien, welche der Pächter in die zu der Pachtung und dem Haushalt gehörenden Wohngebäude, Stallungen u. s. f. gebracht hat. Sind praedia urbana et rustica mit einander zugleich verpachtet, so ist auf den Hauptgegenstand des Pachtcontracts zu sehen, um zu bestimmen, ob das Pfand-

1) qui ibi nascuntur. L. 7. D. in quib. causs. pign. Gesterding Lehre vom Pfandr. S. 99 ff.

2) L. 3. C. in quib. causs. pign.

recht sich blos auf die fructus, oder die invecta et illata beschränkt [3]).

Um ein Retentionsrecht an den Früchten auszuüben, ist es aber nothwendig, daß der Verpächter im Besitz derselben sich befindet [4]). Die bloße gesetzliche Hypothek giebt zwar ein jus in re aliena, aber keinen natürlichen Besitz. Der Verpächter muß daher denselben auf eine rechtmäßige Weise erlangt haben. Will er ihn erst erlangen, so ist dazu eine richterliche Mitwirkung erforderlich [5]); weil Niemand sich eigenmächtig in den Besitz einer fremden Sache setzen darf, ohne einer unerlaubten Privatgewalt und Selbsthülfe sich schuldig zu machen [6]), und insonderheit ist auch ein Pfandgläubiger nicht berechtigt, das Object des Pfandes, ohne richterliche Autorität, in Besitz zu nehmen [7]), so bald dessen Herausgabe verweigert wird. In einen solchen Falle kömmt es nicht auf Erhaltung und Behauptung des Besitzes an, wozu man sonst, auch ohne richterliche Mitwirkung, durch Retention befugt ist, sondern auf Erwerbung und Erlangung der Possession des Pfandstücks, welche vom Gläubiger nie eigen-

3) Weber vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte N. 1. §. 1. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 191. ff.

4) Faselius vom Retentionsrechte §. 7. Glück Commentar §. 937.

5) Arg. leg. 56. D. locati conducti, und L. 5. C. in quib caussis pign. Gesterding Lehre vom Pfandrechte S. 131. f. Glück Comment. §. 1087. S. 427.

6) L. 13. D. quod metus caussa. Gesterding Lehre vom Pfandrechte S. 130.

7) Leyser Spec. 175. m. 6.

mächtig geschehen darf. Es muß daher der Verpächter, wenn ihn der Pächter den Besitz der auf dem Gute gewachsenen Früchte gutwillig nicht einräumen, und kein Retentionsrecht daran concediren; sie vielmehr wegschaffen will, ehe er seine Pachtverbindlichkeiten vollständig erfüllt hat, allezeit den competenten Richter um Erlassung arrestatorischer Verfügungen angehn. Jede Retention, Sequestration, oder Beschlaglegung, welche der Verpächter, mag er ein Privatmann, oder eine öffentliche administrative Behörde [8]) seyn, z. B. die Domainen, Klostercammer u. s. w. eigenmächtig, und mithin ohne Autorisation des competenten Richters unternimmt, ist rechtswidrig, und hat den Ersatz des dadurch dem Pächter veranlaßten erweißlichen Schadens zur Folge [9]), zumal wenn sie auf Gegenstände extendirt ist, die nicht unter dem gesetzlichen Pfandrechte stehn. Hiernach hat die K. Justizcanzlei zu Celle im Jahr 1823, in Sachen des Justiz-Raths von Bülow auf Jasebeck, w. den Anwald der Cammer, in pto. Stack- und Uferbaukosten, erkannt.

8) Den administrativen Behörden ist es eben so wenig erlaubt sich selbst Recht zu schaffen, und Selbsthülfe zu gebrauchen, als andern Privatpersonen und Unterthanen. Daher können sie auch keinem ihrer Beamten befehlen, oder committiren, mit Vorbeigehung des ordentlichen zuständigen Richters, und ohne gerichtliche Sachuntersuchung, die Pfandobjecte mit Arrest zu bestricken, welche ihr Pächter besitzt.

9) R. A. von 1570 §. 84. R. A. von 1594 §. 82. K. G. O. Th. 2. Tit. 24. Tafinger instit. iurispr. Cameral. §. 518 seq.

VII. Erörterung.

Befriedigung ländlicher Grundstücke.

Daß weder der einzelne Eigenthümer, noch ganze Communen, in der Regel und ohne besondere Verträge, rechtskräftige Entscheidungen, rechtliche Observanzen, oder qualificirte Verjährung schuldig sind, ihre Felder, Wiesen, Weiden, Gärten, oder andere Grundstücke zu befriedigen, zu bericken, oder zu begraben, um dadurch den Uebertritt des weidenden oder andern Viehes, und den dadurch besorglichen Schaden abzuwenden, ist vom Oberappellationsgerichte in mehrern Fällen entschieden [1]). Am 29sten Jan. 1818 erkannte dasselbe in Sachen Junk w. kleinen Hesepe, wegen Schüttungsrechts, auf nachstehende Weise: Da nun nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Eigenthümer nicht verpflichtet ist, seinen Grund und Boden zum Vortheil eines Andern, und damit die Weide-Interessenten sich keinen Pfandungen aussetzen, zu begraben oder zu bezäunen; es auch überall keinen Unterschied machen kann, ob der Grund und Boden durch gemeine Weidegründe begrenzt wird, oder nicht; der Beweis eines etwa vorhandenen, der Regel des Rechts entgegenstehenden allgemeinen Herkommens in den Acten nicht zu befinden ist; auch die vorhandenen Spuren von Gräben und Pfählen eben wenig dazu geeigenschaftet sind, eine besondere Ausnahme in Gewißheit zu setzen; so ist wohl appellirt u. s. w.

1) Pract. Erörterungen B. 1. n. 34. B. 2. n. 24. §. 6. Mein Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 190. 165. 308.

VIII. Erörterung

VIII. Erörterung.

Liquide und illiquide Einreden, im ordentlichen Verfahren, und im Executiv-Processe.

Zur Abkürzung der Processe, und zur Vermeidung besorglicher Chikanen stellt das römische Proceßrecht den Grundsatz auf: daß wider liquide Forderungen und Klagen, in demselben Verfahren, keine illiquiden Compensationseinreden und Gegenforderungen zugelassen werden sollen [1]. Man beschränkt diese Vorschrift, weil sie auf Eigenthümlichkeiten des römischen Rechtsverfahrens beruhet, heut zu Tage auf den Executiv- und Wechselproceß, oder Klagen, welche auf klaren Brief und Siegeln beruhen [2]. Im ordentlichen Processe hält man sie aber nicht anwendbar, und gestattet in demselben dem Beklagten, der liquiden Forderung des Klägers eine

1) Si invenerint (judices) eas (compensationes) majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas alii judicio reservent. L. ult. §. 1. C. de compensat.

2) a Pufendorf Tom. 1. obs. 178. Weber Beitr. zu der Lehre von Klagen S. 73. Damit stimmen auch unsere Provincialgesetze überein. Verordnung vom 3ten Nov. 1617. Justizreglement v. J. 1718. §. 5. Oberappellat. Ger. Ordn. Th. 2. Tit. 1. §. 5. Calenb. Canzlei-Ordn. Tit. 9. §. 16 u. a. m.

illiquide Compensationsforderung entgegen zu setzen [3]). Im ordentlichen Verfahren können auch die illiquiden Einreden, wenn sie zu gebührender Zeit [4]) vorgeschützt sind, darum nicht ad separatum, oder in den Weg einer Wiederklage verwiesen werden; weil der Zweck des ordentlichen Processes dahin geht, beide Partheien mit ihren Vertheidigungs= und Angriffsmitteln vollständig zu hören, und sie dann definitiv auseinander zu setzen [5]). Ohne dringende und gesetzliche Veranlassungen sind keine Separata einzuleiten. Den Regeln des ordentlichen Processes würde es daher ohne Zweifel zuwider seyn, wenn man Einreden überhaupt, und Compensationseinwendungen insonderheit, die an sich nicht ungegründet, und zu rechter Zeit vorgeschützt und eingebracht sind — wenn gleich deren factischer Grund nicht sogleich erwiesen werden kann — ad separatum verweisen wollte; aber eben so wenig mit dem Zwecke und den Regeln [6]) des Executivprocesses es vereinigt werden können, wenn man Einreden zulassen dürfte, die entweder nicht zu gebührender

3) Glück Commentar §. 931. Thibaut Pandectenr. §. 997. Vinnius select. quaest. lib. 1. c. 60. Lauterbach Colleg. th. pract. lib. 16 tit. 2. §. 32.

4) Nach den Reichs= und unsern Provincialproceßgesetzen müßen alle, zur Zeit der Litiscontestation schon vorhandene, peremtorische Einreden zugleich vorgeschützt, und dann in dem Verfahren über die Klage gleichzeitig, simultaneo processu, verhandelt und begründet werden.

5) Gönner Handb. des Proc. B. 2. n. 29. §. 3.

6) Martin Lehrb. des Proc. § 239. Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 242.

Zeit[7]) eingebracht sind, oder deren factische Richtigkeit nicht sofort klar zu machen; vielmehr erst von umständlichen Rechtserörterungen, Zeugenbeweisen, Editionsanträgen, Vermuthungen, verwickelten Abrechnungen, aus Pacht- Lieferungs- Handelsverhältnissen u. s. w. abhängig ist[8]). Dergleichen Einreden werden zwar dem Beklagten nicht genommen, aber ihre Ausführung vermag die klare Forderung des Klägers nicht aufzuhalten, und eben deßhalb müssen sie ad separatum verwiesen, oder einer anzustellenden Wiederklage vorbehalten werden[9]). Die Praxis des Oberappellationsgerichts zu Celle hat diese Grundsätze stets beobachtet.

7) Justizreglement v. J. 1718, verbis: oder zu gebührender Zeit nicht eingebrachten.

8) Danz summar. Proc. §. 37.

9) Justizreglement. §. 5.

IX. Erörterung.

Der Beklagte kann seine Einreden im Executivprocesse durch den Eid sogleich liquide machen.

Der Executivproceß findet bekanntlich nur dann Statt, wenn dessen Erfordernisse vorhanden sind[1]). Dazu gehört insonderheit, daß die Klage mit einem solchen Urkundenbeweise begleitet ist, durch welchen das ganze Fundament derselben, unter vorausgesetzter Aechtheit des Schulddocuments, völlig außer Zweifel gesetzt wird. Der Klaggrund muß also durch ein sogenanntes instrumentum guarentigionatum bewiesen werden, aus welchem, wie Pufendorf[2]) bemerkt, das quis debeat et quid, quale, quando, ex qua caussa, et cui debeatur erhellet. Das Justizreglement[3]) erlaubt dem Beklagten seine Einreden wider die Executivklage nicht bloß durch Urkunden, sondern auch durch Eidesdelation zu erweisen. Jenes ist der Natur der Sache gemäß, weil der Kläger verbunden ist, die nemliche Erklärung über die gegen ihn producirten Urkunden abzu-

1) Justizreglement §. 5. M. s. auch Martin Lehrb. des Proc. §. 239. ff. Grolmann Proc. §. 243. Danz summar. Proc. §. 29. ff. Pract. Erörter. B. 2. n. 48. u. B. 5. S. 276.

2) in proc. civ. B. L. Part. 1. cap. 4. §. 13.

3) § 5. Pufendorf l. c. § 13.

geben, welche er von dem Beklagten zu fordern berechtigt gewesen ist; und letzteres läßt sich aus der Natur der Eideszuschiebung, als eines allgemein zulässigen, und wenigstens geschwinden Beweismittels, rechtfertigen. Nach unsern Provincialgesetzen[4]) gehört der Eid im Executivprocesse zu den in continenti liquiden Beweismitteln, wodurch der Beklagte seine peremtorischen Einreden, z. B. der Zahlung, Compensation, des Vergleichs u. s. w. sofort klar machen und erweisen kann. Es versteht sich aber von selbst, daß der Beklagte so wohl seine Exceptionen, als die zu deren Beweise gewählte Eidesdelation zu gehöriger Zeit, also vor oder in dem angesetzten Agnitionstermine angebracht, und den Eid deferirt haben muß[5]). Diese Principien hat das höchste Tribunal zu Celle in seinen Entscheidungen befolgt, und nach solchen noch am 16ten Febr. 1817 in Sachen von Görz genannt von Wrisberg, w. Meier Joseph erkannt.

4) Sonst wird, nach den Regeln des gemeinen Executivprocesses, behauptet, daß der Eid nicht zu den sogleich liquiden Beweismitteln gehöre: Gönner jurist. Abhandl. Th. 2. n. 20. Grolmann a. a. O. §. 243. Danz a. a. O. §. 37.

5) Justizreglement §. 5. Martin a. a. O. § 240 n. g. — Von der Wirkung der Einrede des nichtgezahlten Geldes im Executivprocesse, s. m. Pract. Erörter. B. 1. n. 2.

X. Erörterung.

Der Vorbehalt des Nießbrauchs an der verschenkten Sache hat mit der sofortigen Tradition derselben gleiche Wirkung.

Die Wittwe des verstorbenen Banquiers Borell hatte an dem Michael Davidschen Comtoir ein Capital von 8000 Rthlr. zu fordern, und in einem gerichtlich bestätigten Vergleiche versprochen, ihrem Sohne davon die Hälfte ad 4000 Rthlr. zu überlassen, und in Kraft einer damit geschehenen unwiderruflichen Schenkung zuzuwenden, dergestalt daß sie sich der freien Disposition über diese ihrem Sohne, wie es in der Urkunde wörtlich hieß, jetzt geschenkten 4000 Rthlr. völlig begeben, und sich nur mit dem Genusse der Zinsen ad dies vitae zu 4 pc. begnügen wolle. Ein großer Theil des Capitals stand noch bei dem Comtoir, als dasselbe fallirte, und nun entstand zwischen Mutter und Sohn ein Streit darüber: wer von beiden die fraglichen 4000 Rthlr. zu fordern berechtigt sey? Die erstere behauptete, daß aus dem gebrauchten Worte: zuwenden, schon abzunehmen sey, daß sie die streitigen 4000 Rthlr. ihrem Sohne nicht direct geschenkt, sondern nur in Kraft einer unwiderruflichen Schenkung zuzuwenden versprochen habe, daß mithin die Intention lediglich auf ein pactum hereditarium dispositivum et restitutivum gegangen sey. Und, wenn auch eine wirkliche Schenkung unter den Lebendigen abgeschlossen wäre, sie

dennoch dadurch das Eigenthum an der Hälfte des Capitals nicht verlohren habe; weil jede Schenkung nur ein titulus ad transferendum dominium habilis, aber kein modus adquirendi, und die erforderliche Tradition unterblieben sey[1]).

Daß bei der bestimmten Erklärung, die 4000 Rthlr. dem Sohne unwiderruflich schenken, und sich über die ihm jetzt geschenkte Summe der freien Disposition völlig begeben zu wollen, aus dem zufällig gebrauchten Worte: zuwenden, kein Erbschaftsvertrag zu folgern stand, ist von selbst einleuchtend. Das bloße Versprechen, der andere solle die Sache bekommen, enthält freilich nur einen Titel; aber wenn die Uebergabe derselben sogleich geschiehet, so wird der Beschenkte Eigenthümer der Sache. Die Gesetze äquipariren den an der geschenkten Sache vorbehaltenen Nießbrauch einer förmlichen Tradition, und sie sagen: idem est retinere usum fructum, quod tradere; usus fructus retentione donatio perficitur[2]). Der eigentliche Nießbrauch setzt stets eine fremde Sache voraus. Der Vorbehalt desselben an dem verschenkten Gegenstande enthält daher ein constitutum possessorium, eine traditionem brevi manu factam, und folglich eine Uebertragung des Eigenthums auf den Beschenkten. Das O. A. Gericht erkannte hiernach am 25sten Mai 1816 in Sachen Borell c. Loser.

1) L. 20. C. de pact. Hellfeld jurispr. for. §. 1697.

2) L. 28, L. 35. §. 5. pr. C. de donat.

XI. Erörterung.

Gutachten der Sachverständigen.

Die in einem Rechtsstreite zugezogenen Sachverständigen vertreten nicht die Stelle des Richters*). Ihr Gutachten enthält keinen Rechtsspruch. Es hat nur den Zweck, den Richter über die factischen Umstände und Verhältnisse des Streitpuncts aufzuklären, und daher ist er nicht schuldig, dasselbe schlechterdings zu befolgen, wenn er glaubt, daß es auf keinen deutlichen, unverkennbar richtigen Gründen beruhet[1]). Das gemeine Recht erlaubt den Partheien die Gutachten der Kunstverständigen zu widerlegen und anzufechten[2]), sie mögen in ihren Meinungen und Ansichten völlig übereinstimmen, oder von einander im Ganzen oder einzelnen Puncten abweichen. Sie müssen daher im ordentlichen Processe allezeit den Partheien mitgetheilt werden, um sie dagegen mit ihren Bemerkungen und Einwendungen zu hören, ehe sie als richtig

*) M. s. vorzüglich Mittermaier Beiträge zu der Lehre vom Beweise durch Sachverständige, im Archiv f. d. civilistische Praxis, B. 2. S. 119. ff.

1) a Pufendorf II. 105. Danz Proc. §. 356. Martin Lehrb. des Proc. §. 207. A. M. ist Gönner jurist. Abhandl. Th. 2. n. 22.

2) L. 30. D. de oper. libertor. L. 76. 77. 78. 79. D. pro Socio. Gönner Handb. des Processes n. 45. §. 12.

richtig angenommen, und zum Grunde der Entscheidung gelegt werden dürfen [3]). Der Richter welcher auf die Gutachten der Sachverständigen ein Erkenntniß ertheilt, ohne die Partheien darüber zuförderst gehört zu haben, urtheilt zu voreilig; mithin nichtig, und sein Erkenntniß muß aufgehoben, und den Partheien das rechtliche Gehör, über die eingebrachten Gutachten, verstattet werden. Das höchste Tribunal sprach hiernach am 4ten März 1818 in Sachen Meier w. Schulte zu Russel.

3) Martin a. a. O. §. 211. und die Note p. angeführten Schriften.

XII. Erörterung.

Wiederholung der Beweisführungen durch Kunst- und Sachverständige, Augenschein, und Schätzungen.

Ueber die Zulässigkeit der Wiederholung einer durch Achtsleute vorgenommnen Schätzung, einer geschehenen Augenscheinseinnahme, und Beweisführung durch Kunst- und Sachverständige, sind die Meinungen der Rechtsgelehrten verschieden [1]), und es entstehn über diesen Nebenpunct unter den Partheien nicht selten weitläuftige Streitigkeiten. Alle Taxationen, Augenscheinseinnahmen, und Beweisführungen durch Kunst- und Sachverständige haben zum Zweck, die unter den Partheien streitigen Rechtsverhältnisse auszumitteln, den Richter darüber aufzuklären, und sie dann, durch dessen Entscheidung, definitiv auseinander zu setzen. Um aber ihre Rechte gegen einander wahrnehmen zu können, müssen ihnen die Gutachten, Protocolle u. s. w. allezeit mitgetheilt werden. Die Befugniß sie anzugreifen, macht einen Theil der Rechte der streitenden Theile aus, und aus diesem Grunde sind sie berechtigt, wenn z. B. die Schätzung durch Achtsleute offenbar zu hoch oder zu geringe*) ausgefallen wäre; wenn von

1) Struben rechtl. Bedenk. IV. 51. von Ende juristische Abhandlungen n. 2.

*) Si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat. L. 76. u. 79. D. pro Socio. Die Unbilligkeit der geschehe-

dem Richter oder den Sachverständigen bei der Ocularinspection in der Anschauung der Sache geirrt, in der Erkennung und Beschreibung des Streitobjects ein erhebliches, zu beobachten gewesenes Merkmal übersehn, und unberücksichtigt gelassen seyn sollte; oder in dem Gutachten der Kunstverständigen sich erhebliche Mängel, Irrthümer und Widersprüche u. s. f. zeigen, auf eine Wiederholung dieser Beweisführungsmittel anzutragen, welche ihnen, ohne Verletzung ihrer Rechte, niemals versagt werden kann[2]).

Diese Wiederholung des Augenscheins, der Schätzung, und Untersuchung durch Kunst- und Sachverständige, muß aber ihre Grenzen haben, und darf für streitlustige Partheien und deren Sachwälde kein Mittel werden, den Proceß zu verzögern, und die Kosten zu vermehren. Sie vertritt die Stelle des Gegenbeweises, und hieraus folgt von selbst, daß in der Regel eine dritte u. s. w. Wiederholung derselben unzulässig und unstatthaft ist[3]). Nach diesen Grundsätzen ist vom Oberappellationsgericht in vielen Fällen, und noch am 7ten Mai 1818 in Sachen Evers w. Söhlmann entschieden.

henen Schätzung muß also von der Parthei glaublich gemacht und bescheinigt seyn, wenn auf eine anderweite Schätzung gesprochen werden soll, wie vom O. A. Gericht am 2ten Septemb. 1818, in in Sachen des Adv. Fisci zu Osnabrück w. Laer, angenommen und entschieden ist.

2) Martin Lehrb. des Processes §. 206 Not. i. u. §. 211. Claproth Proc. §. 228. und 314.

3) Westphal Rechtsgutachten B. 1. S. 114. §. 5. Gönner im Handb. B. 2. n. 45. §. 12. läßt nach der Analogie der drei Instanzen ein dreimaliges Gutachten durch Kunstverständige zu; aber er geht hierunter zu weit, wie Martin a. a. O. §. 211. Not. p. und Mittermaier a. a. O. S. 139. bemerken.

XIII. Erörterung.

Competenz des Arrestrichters in der Hauptsache.

Die Meinung, daß durch die Verhängung des Arrests der Gerichtsstand auch für die Hauptsache begründet werde, wenn dieselbe noch nicht vor einem andern Gerichte anhängig gemacht ist [1]), hat das höchste Tribunal, am 27sten Juni 1809, in Sachen Gumprecht zu Frankfurt a. M. wider Dettmold zu Hannover, in pto. Arresti, gebilligt, und noch neuerlich, am 1. Septemb. 1815, in Sachen Hirsch w. von Könemann, in pto. Arresti, auf folgende Weise erkannt: Da nun nach Vorschrift der Rechte ein angelegter Arrest die Gerichtsbarkeit in Ansehung der Hauptsache, in caussis personalibus, allerdings wohl begründen mag, dieses auch im vorliegenden Falle durch den bei dem vormaligen Districts-Tribunal zu Hannover impetrirten, bis jetzt noch nicht relaxirten Arrest anzunehmen ist, der Implorat aber den ihm rechtskräftig auferlegten Beweis der Litispendenz hat desert werden lassen, und daher eure Jurisdiction in dieser Sache als fundirt anzusehen ist; so habt ihr mit Aufhebung eures Bescheides vom 28sten Januar d. J. in der Sache ferner zu verfahren, und den Rechten gemäß zu erkennen.

1) Pract. Erörter. B. 4 S. 210 ff. Glück Commentar §. 205 b. u. §. 520.

XIV. Erörterung.

Ueber den Beweis des animi novandi.

Die alten römischen Juristen, und mit ihnen die Jurisprudenz, waren nicht schwierig das Daseyn einer objectiven, oder privativen Novation anzunehmen. Bloße Vermuthungen, wenn z. B. der alten Verbindlichkeit, oder dem frühern Rechtsgeschäfte, eine dritte Person, als Mitschuldner oder Bürge hinzutrat; ein Pfand gegeben; eine Frist bewilligt; eine Bedingung hinzugefügt; die Größe verändert; eine geringere Sicherheit angenommen, oder sonst etwas bestimmt ward, wodurch die erste Verbindlichkeit zwar ihrem Wesen nach blieb; aber eine neue Eigenschaft bekam, reichten bei ihnen hin, den animum novandi anzunehmen und auszusprechen *); oder sie stritten sich auch wohl darüber, ob und welche Vermuthungen hinreichend wären, die Absicht zu noviren, darzuthun. Um die daraus entspringenden Zweideutigkeiten und Unsicherheiten mancher Rechtsgeschäfte zu vernichten, verordnete Justinian in einer seiner funfzig Decisionen **), daß die Novationen ausdrücklich geschehen, d. h. die Partheien erklären sollten, es sey ihre Absicht, daß die neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten treten

*) §. 3. J. quibus modis tollitur obligatio. L. 1. §. 1. D. de novat.

**) L. 8. C. de novat. Dabelow Pandectenrecht Th. 1. §. 83. u. 86.

solle [1]). Dadurch, daß die Erklärung ausdrücklich geschehen sollte, war also nicht bloß die vermuthete, sondern auch die stillschweigende Novation ausgeschlossen und unwirksam erklärt [2]). Die Praxis erfordert indeß keine, durch bestimmte und eigene Worte, ausgedrückte und erklärte Novation, sondern sie nimmt an, daß die wörtliche Erklärung der Partheien durch ihren, klar an den Tag gelegten Willen zu noviren, ersetzt werden; die Novation mithin auch stillschweigend, durch concludente Handlungen und Thatsachen, bewirkt werden könne [3]). In solchen Fällen ist es allezeit eine bloße quaestio facti, ob eine Novation vorhanden ist, und der Richter muß bei der, seinem Ermessen überlassenen Würdigung der Umstände und Thatsachen, woraus der Wille zu noviren gefolgert werden soll, um so vorsichtiger und sorgfältiger verfahren, als eine wirkliche Novation dem Berechtigten, oder Gläubiger, große und mancherlei Nachtheile zuziehen kann [4]).

1) Thibaut System des Pandectenrechts §. 936.

2) L. 8. C. cit. nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis, pro anteriori elegerint. Daher sagt Godofredus, indem er den letzten Theil dieser Decision ergänzt: nec subintelligitur novatio ex rebus ipsis. Wirklich wäre auch Justinians Entscheidung nur unvollkommen gewesen, wenn dadurch allein die vermutheten und nicht zugleich auch die stillschweigenden Novationen hätten supprimirt werden sollen. Overbeck Meditationen n. 66.

3) Struben rechtl. Bedenk. Th. 4. S. 120. 274 u. 502. a Pufendorf Tom. 3. obs. 63. §. 3.

4) Gmelin über Verträge S. 160. Von den Fällen, wo bei einem Erbschaftsgläubiger der animus novandi anzunehmen ist, s. m. Dabelow Lehre vom Concurse S. 328. ff.

Als allgemeine Regel kann man annehmen, daß, bei dem Mangel einer ausdrücklichen Erklärung, alsdann die Absicht, eine Novation zu bewirken, aus den Umständen klar hervorgeht und eine stillschweigend geschehene Novation anzunehmen ist, wenn durch die neue Verbindlichkeit die ältere in ihren wesentlichen Bestandtheilen aufgehoben und aufgelöst wird [5]). Dies ist der gewöhnliche Fall bei einer Delegation, oder subjectiven Novation [6]); wenn eine neue Schuldverschreibung ausgefertigt und die vorige getilgt, zurückgegeben, oder gelöscht ist, ohne in der neuen Verschreibung einer Novation zu erwähnen [7]); wenn Jemand die rückständigen Zinsen bezahlt, oder sich zur Zahlung der künftigen verbindlich macht [8]); wenn der Gläubiger seinem Schuldner eine Quitung giebt, oder von ihm, statt der Zahlung, auf Ordre zahlbare Schuldscheine annimmt; wenn der Innhaber eines Wechsels, dessen Verfallzeit bestimmt ist, dem Acceptanten, ohne Vorwissen des Trassanten oder Indossanten, eine neue Zahlungsfrist gestattet u. s. w. In diesen und ähnlichen Fällen kann die neue Verbindlichkeit mit und neben der ältern nicht bestehn; die letztere wird durch die erstere in ihren wesentlichen Theilen aufgehoben, und dadurch stillschweigend eine Novation mit allen ihren Rechtsfolgen bewirkt.

Diese

5) Thibaut a. a. O.

6) Struben a. a. O. S. 273 u. 503.

7) Leyser Spec. 526. m. 9. Mevius Part. 5. dec. 404. Vinnius in Comment. ad Inst. §. 3. J. quibus modis tollitur obligat.

8) Struben a. a. O. S. 120. Dieses ist aber nicht immer der Fall, wenn der Erbe an die Erbschaftsgläubiger Zinsen zahlt. Erörterung Nr. 53.

Diese Grundsätze können indeß nicht zur Anwendung kommen, wenn aus den Verhandlungen, Urkunden und Documenten klar erhellet, daß die Contrahenten die Absicht nicht gehabt haben, eine Novation zu bewirken. Es kam folgender Fall vor: Weber erborgte von Schneider zwei Capitale von 900 und 300 Rthlr., bestellte dafür eine General- und Specialhypothek in zwei mit dem Anlehn erkauften Gärten, und ließ die Pfandverschreibungen am 8ten Januar 1800 und 25sten Febr. 1801 gerichtlich confirmiren und ingrossiren. Im Jahr 1804 liehe Weber auch von Weidig ein Capital von 500 Rthlr., constituirte dafür Hypothecam generalem und specialem in einem, von seinem Vater ihm übertragenen Garten, und ließ diese Verschreibung gleichfalls am 7. Januar 1824 gerichtlich bestätigen und eintragen. Weber verkaufte nachmals die drei, in einem zusammengezogenen Garten mit deren Zubehör an Flohr, und aus dessen Concurse erstand sie im Jahr 1807 Albert. Weidig nahm keine neue Schuldverschreibung von Albert an, wohl aber Schneider. In derselben erklärte jedoch Albert, daß Schneider ihm versprochen, die Capitalien, welche derselbe bereits an dem von ihm erkauften Flohrschen Garten zur ersten Hypothek gehabt, ferner sub priori nexu in Verzinsung zu 4 pc. lassen, und daß er, damit sein Gläubiger, wegen Capitals und Zinsen, destomehr gesichert seyn möchte, demselben seine sämmtlichen Güter und Haabe, in specie aber seinen Garten sammt darauf befindlichen Gebäude, zur Hypothek bestellen wolle. Am 28sten December 1807 ward diese neue Schuld und Pfandverschreibung gerichtlich bestätigt und ingrossirt, Schneider nahm sie an, und gab die ältern Schuldverschreibungen zurück; die Original-Concepte derselben blieben jedoch bei den gerichtlichen Acten. Im Jahr

1810

1810 verfiel Albert in Concurs, sämmtliche Gärten wurden für 1452 Rthlr. im Concurse verkauft, und darauf in der Prioritätssentenz Schneider mit seiner Forderung von 1200 Rthlr., dem Capitale des Weidig von 500 Rthlr., aus dem Erlös der Kaufgelder vorgesetzt. Diese Classification griff Weidig durch eingelegte Rechtsmittel an, und verlangte seine Befriedigung vor Schneider aus den Gartenkaufgeldern, und der Concursmasse überhaupt aus dem Grunde: weil in Absicht der Forderung seines Gegners eine wahre Delegation, folglich eine subjective Novation, eingetreten sey, und daß derselbe, nach allen vorkommenden Umständen in die Novation stillschweigend gewilligt, folglich nur aus der neuen Schuldverschreibung vom 28sten December 1807 ein Pfandrecht an der Masse habe, und also seinem ältern und vorzüglichem Pfandrechte nachgesetzt werden müsse.

Das Prioritätserkenntniß ward indeß in allen Instanzen und zuletzt noch vom O. A. Gerichte am 4ten April 1815 bestätigt. An die Stelle des ersten Schuldners war freilich, mit Bewilligung des Schneider, ein neuer Schuldner angenommen und getreten; allein aus der neuen Schuldverschreibung und den Worten derselben: „sub priori nexu, und damit der Gläubiger desto mehr gesichert seyn möge," war der Wille beider Theile ganz klar an den Tag gelegt, daß dadurch, in Absicht des Separationsrechts der alten Unterpfänder, und des Vorgangs der Zeit, keine Novation bewirkt seyn sollte. Aus der Zurückgabe der frühern Obligationen konnte aber ein animus novandi, in Absicht der alten Hypothek, um so weniger als erwiesen angenommen werden, da aus der Clausel: sub priori nexu, die entgegengesetzte Absicht der Contrahenten klar hervorging, und dieser Clausul eben der Sinn beizulegen war,

als wenn gesagt wäre: absque novatione. Durch jenen Vorbehalt, und dessen Einräumung von Seiten des neuen Schuldners, hatte also Schneider so wohl sein Absonderungsrecht, als seine alten Hypotheken, hinsichtlich des Vorgangs der Zeit, conservirt*), und mußte von Rechtswegen der Weidingschen Forderung vorgesetzt werden; da selbst die für die erste Verbindlichkeit haftenden Hypotheken, mit Vorbehalt der ältern Hypothekarischen Rechte, auch auf die zweite übertragen werden können[9]), in welchem Falle die ältere Pfandverbindlichkeit in ihren wesentlichen Theilen nicht aufgehoben, sondern erhalten wird.

*) Schöpff dec. select. T. 1. dec. 29. n. 3. Vinnius l. c. n. 2.

9) L. 3. u. 12. §. 5. D. qui potiores in pignore. Westphal vom Pfandrechte S. 247.

XV. Erörterung.

Von der Concession zu Mühlenanlagen in den Herzogthümern Bremen und Verden.*)

Ueber die Mühlenconcessionen in den Herzogthümern Bremen und Verden ist, nach einer, zwischen dem Königl. Staatsministerio, der Regierung zu Stade und dem Cammercollegio zu Hannover zugelegten Communication, unterm 17ten Mai 1793, folgendes Regulativ festgesetzt:

1) Der Stadischen Regierung steht es zu, zu Erbauung neuer Mühlen in den Herzogthümern Bremen und Verden, so wie zur Erweiterung oder Veränderung der bereits vorhandenen Mühlen die erforderliche Concession zu ertheilen;
2) Selbige hat jedoch darüber jedesmal zuförderst mit der Königl. Cammer, wegen des etwa dabei eintretenden Interesse derselben, zu communiciren;
3) In den Fällen, in welchen es auf eine Verwilligung ankommt, daß binnen einer gewissen Distanz keine andere Mühle angelegt werden dürfe, oder wo einer bereits vorhandenen Mühle diese Gerechtigkeit beigelegt werden soll, ist die Ertheilung eines solchen Privilegiums, nach vorgängiger Untersuchung der Sache, vom Königlichen Ministerio zu erwarten;
4) Im Fall eines Dissensus zwischen der K. Regierung, und der K. Cammer über eine Mühlenanlage, oder Veränderung einer bereits erbaueten Mühle, es sey in Ansehung der Anlage oder Veränderung selbst,

*) Dieses Regulativ ist authentisch, und es ist darauf in Sachen des Müllers Steffens zu Osterholz w. die Regierung zu Stade, pto. einer neuen Windmühle, Bezug genommen.

oder in Ansehung der zu bestimmenden Recognitionsgelder, oder in Betreff anderer Clausuln des Concessionsbriefes, ist die Entscheidung der streitigen Frage Königl. Ministerio zu überlassen;

5) Wenn die Anlage einer neuen Mühle, oder die Veränderung und Erweiterung einer bereits erbaueten, nach obigen, entweder durch Vereinigung der beiden Collegien, oder nach Entscheidung des Königl. Ministerii, Statt findet und demnach von der Königl. Regierung (zu Stade) die Erlaubniß dazu ertheilt und die Concession ausgefertigt worden ist, sollen die Supplicanten zugleich jedesmal von derselben an die K. Cammer verwiesen werden; damit von selbiger das Domanialinteresse dabei wahrgenommen, die Domanialabgift mit dem Suplicanten regulirt, und ihm ein zweiter Concessionsbrief ertheit werde. Ohne diesen zweiten Concessionsbrief aber soll der Bau oder die Veränderung der Mühle nicht vorgenommen werden dürfen;

6) In Fällen, wo Königl. Cammer selbst Mühlenanlagen von Landesherrschaftswegen vorzurichten, nöthig erachtet, bedarf selbige zwar keiner förmlichen Concession Königl. Regierung; muß jedoch nicht minder mit ihr vorgängig communiciren, und deren bestimmte Einwilligung erfordern; im Fall eines Dissensus aber die Sache zur Entscheidung Königl. Ministeriums anheimstellen;

7) Die vor Existenz dieses Regulativs bereits angelegten Mühlen sollen bei ihren einmal erworbenen Rechten, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, von welchem Collegio ihnen die Concessionen ertheilt sind, gelassen und geschützt werden.

XVI. Erörterung.

Dem Käufer einer mit Hypotheken beschwerten unbeweglichen Sache kommt das beneficium cessionis zu statten, wenn er mit der hypothekarischen Klage angegriffen wird.

Der dritte rechtmäßige Besitzer einer verpfändeten Immobiliarsache kann sich von der wider ihn erhobenen hypothekarischen Klage befreien, wenn er den Pfandgläubiger befriedigt [1]. Dadurch erlangt er aber bei entstandenem Concurse nicht die Befugniß, in die Stelle des befriedigten Gläubigers ipso jure zu succediren — jus offerendi, Eintrittsrecht — vorausgesetzt, daß er nicht etwa selbst ein Pfandgläubiger des veräußernden Schuldners ist [2]. Aber dem dritten Besitzer kommt dagegen das beneficium cessionis zu statten, welches er, auch als Einrede, gegen die hypothekarische Klage geltend machen kann. Die Gesetze [3]) ertheilen ihm dieses beneficium ausdrücklich,

1) L. 12. §. 1. D. quibus modis pignus.

2) Gesterding Lehre vom Pfandrechte §. 34. u. 35. Schweppe röm. Privatr. §. 322. A. M. ist Westphal vom Pfandrechte §. 174.

3) L. 19. D. qui potiores in pign. Gesterding a. a. O. S. 283 u. 353. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte S. 387.

und es bedarf daher keines Recurses auf die Analogie der, bei Bürgschaften geltenden gesetzlichen Vorschriften. Er ist befugt, den mit der hypothekarischen Klage ihn verfolgenden Gläubiger die Pfandsache oder den Werth derselben so lange vorzuenthalten[4]), bis derselbe die Cession seiner Forderungsrechte bewirkt hat. Durch die Cession tritt er sodann an die Stelle des befriedigten Pfandgläubigers. Hiernach erkannte das O. A. Gericht im Mai 1818 in Sachen des Schenk von Winterstedtschen curatoris w. Kunze.

4) Die Cession muß vor der Zahlung geschehen, oder reservirt werden; denn nach der Zahlung ist die Forderung und das Pfandrecht erloschen; mithin kann der Gläubiger nichts mehr abtreten. Mühlenbruch a. a. O. S. 402. Andere nehmen jedoch ein pactum tacitum de cedendis actionibus an. Höpfner Commentar §. 845.

XVII. Erörterung.

Die bloße Versicherung, daß ein Geldanleiher sicher sey, enthält keine Bürgschaftsübernahme.

Der Commissair und Advocat H. zu Hannover, welcher Geldgeschäfte betrieb, negociirte für den von H. ein bedeutendes Anlehn. Der Kaufmann St. gab dazu ein Capital von 1000 Rthlr. her, und als der erstere letzterm die von H. Schuldverschreibung zuschickte, fügte er in dem Billete, womit er sie begleitete, folgende Aeußerung hinzu: „für deren Sicherheit ich mit Leib, Leben, Ehre, Haabe und Güter cavire." Der Herleiher legte dies Billet zu seiner empfangenen Obligation. Einige Jahre nachher verfiel der Schuldner in Concurs, und das Capital von 1000 Rthlr. ging darin verloren. Auf den Grund jener Worte ward der Aussteller des Billets in Anspruch genommen; weil in demselben eine Bürgschaftsübernahme zu befinden sey. Der Beklagte agnoscirte zwar dasselbe; leugnete aber, daß der Darleiher eine Bürgschaft von ihm verlangt, und er die Absicht gehabt habe, solche zu leisten. Jene Worte hätten nur andeuten sollen, daß nach seiner Ueberzeugung das Capital sicher belegt sey, und davon wäre er so vollkommen überzeugt gewesen, daß er selbst, unter gleicher Sicherheit, aus seinem Vermögen dem v. H. gleichfalls 1000 Rthlr. vorgeliehen hätte. Die später eingetretenen Unglücksfälle, welche den Schuldner betroffen, habe Niemand vorhersehn können. Der Kläger ward mit

seiner Klage abgewiesen; er könne denn beweisen, daß er die bürgliche Einlassung des Beklagten verlangt, und dieser auf solches Verlangen das Billet an ihn abgelassen habe. Die wider dieses Erkenntniß ergriffene Appellation ward vom höchsten Tribunale verworfen.

Unvorsichtig war jenes Billet ohne Zweifel abgefaßt. Schon in dem Worte caviren, von einem Juristen gebraucht, schien eine Bürgschaft zu liegen, weil nach deutschen Rechten dazu jede Beklärung genügt, welche ein Bürgschaftsversprechen erkennen läßt[1]). Indeß setzen doch alle Bürgschaftsübernahmen eine, unter den Contrahenten getroffene Verabredung, mithin die Einwilligung beider Theile wesentlich voraus, welche im Leugnungsfalle erwiesen werden muß. Ein deutliches Erkenntniß der geforderten und versprochnen Bürgschaft enthielt aber das Billet nicht. Es war auch nicht einmal vor, sondern erst nach der bereits geschehenen Auszahlung des Capitals abgelassen, und gestattete also gar wohl die Deutung, welche der Beklagte seinen Worten gab. Man hielt daher den Beweis, daß der Kläger die Bürgschaft verlangt, und darauf der Beklagte jenes Billet an ihn abgelassen habe, für zulässig und erforderlich.

1) Thibaut Pandectenr. §. 951. Dieterich de fidejussor. c. 2. §. 19. Pract. Erörter. B. 3. n. 13.

XVIII Er-

XVIII. Erörterung.

Von dem Horden, oder Hürdenschlage.

1.

Jeder Schäfereieigenthümer, oder Besitzer einer Schäfereigerechtigkeit hat das Recht, auf seinen eignen, mit keiner Hütungsgerechtigkeit belasteten Feldern und Ländereien, zu jeder Jahrszeit, den Hürdenschlag nach Willkühr auszuüben, in so fern er dazu gelangen kann, ohne fremde, im ausschließlichen Eigenthume Anderer befindliche Grundstücke zu berühren [1]). Ist letzteres der Fall, so ist dazu ein Dienstbarkeitsrecht erforderlich, und davon gilt allezeit die Regel: tantum praescriptum, quantum possessum. Von der Uebertrift der Schafe und Stellung der Hürden im Herbste, läßt sich daher allein noch kein Schluß auf die Befugniß ableiten, auch im Frühjahr die Schafe und Hürden über fremde Grundstücke zu führen, und zur Constituirung einer nothwendigen Servitut kann weder die Hut und Weide, noch der Hürdenschlag eine hinreichende Veranlassung geben [2]). Das O. A. Gericht erkannte hiernach am 23sten Decemb. 1801. in Sachen der Gebr. von Bothmer, Appellanten, wider die Eingesessenen zu Bothmer, Appellaten, auf folgende Weise: Wenn gleich Appellanten als Eigenthümer der Schäferei, damit den Hürdenschlag auf ihren eignen Fel-

1) Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 310 u. 316.

2) Thibaut Pandectenrecht §. 621.

dern nach Willkühr, und zu jeder Jahrszeit in so fern auszuüben berechtigt sind, als sie dazu der Uebertrift über fremde Aecker, Wiesen, oder Aenger nicht bedürfen; Nachdem sie jedoch nicht in Abrede stellen, daß sie, um den Hürdenschlag im Frühjahr zu exerciren, der Appellaten Eigenthum berühren müssen, diese aber solches, wenn ihnen auch der dadurch jedesmal veranlaßte Schaden ohne alle Weitläuftigkeit sofort vergüthet würde, mit Aufopferung ihrer natürlichen Freiheit zu verstatten anders nicht genöthigt werden mögen, als wenn, da hier eine nothwendige Dienstbarkeit, und der Schluß von dem unstreitigen Hürdenschlage im Herbste unzulänglich ist, Appellanten ein rechtmäßiges Herbringen darzuthun vermögen, dessen Beweis ihnen nachgelassen ist; so u. s. w. Auf gleiche Weise erkannte das Amt Lauenau, am 28sten Mai 1817, in Sachen von Mengersen w. die Gemeinde Schmarrie: Da jedem Eigenthümer freisteht, seine Grundstücke auf die ihm beliebige Weise zu bedüngen; da ferner das Hürdenlager, indem solches mit der Schafhude nicht in unzertrennlicher Verbindung steht, auch nicht als ein Zubehörung derselben angesehn werden kann; und da endlich die Klägerin, um nach dem streitigen Stücke mit ihrer Heerde zu gelangen, kein fremdes, von ihrer Schafhude befreietes Grundstück berührt, mithin weder eine Schafhude, noch Uebertrift sich widerrechtlich angemaßt hat, die Gemeinde Schmarrie schuldig sey, sich aller eigenmächtigen Stöhrung des Hürdelagers auf dem der Klägerin gehörenden Stück Landes bei 2 Rthlr. Strafe zu enthalten. Dies Erkenntniß ward in appellatorio so wohl von der Justizcanzlei zu Hannover, als dem höchsten Tribunale lediglich bestätigt. Es versteht sich indeß von selbst, daß dergleichen Grundstücke entweder von fremder Behütung frei seyn, oder die Hürden zu einer Zeit eingelegt werden müssen, wo die zustehende Hütungsgerechtigkeit suspendirt ist.

2.

Lassen zwei oder mehre Schäfereiberechtigte ihre Schafe gemeinschaftlich unter einen Schäferstock treiben, so wird in der Regel der Hürdenschlag, oder Pferch, nach dem Verhältniß der, einem jeden derselben zu halten erlaubten Stückzahl alter Schafe vertheilt. Wenn also z. B. der eine Schäfereiherr nur 75, der andere aber 150 Stück alter Schafe halten darf, so würde der letzte den Hürdenschlag 24 Nächte zu fordern befugt seyn, wenn der erste ihn 12 Nächte erhält.

Steht einer ganzen Gemeinde, als solcher, die Schäferei- und Hürdenschlagsgerechtigkeit zu, so darf kein einzelnes Gemeindeglied seine Schafe absondern, und in separate Hürden auf seine eignen Ländereien legen; weil jedes Mitglied der Commune, welches Schafe hält, und halten darf, den Hürdenschlag als ein Communalrecht fordern, und auf eine verhältnißmäßige Theilnahme an dem Pferche Anspruch machen kann. Bei Gemeindeschäfereien pflegt an vielen Orten die Benutzung des Hürdenschlags durch Vertrag, Gewohnheit oder Herkommen nach dem sogenannten Meier- oder Vollspänner-Range auf die Art bestimmt zu seyn, daß auf einen Vollmeier, zwei Halbmeier und vier Köthner — ohne Unterschied zwischen Groß- und Kleinköthnern — gerechnet werden; mithin der Vollhöfner den Hürdenschlag 4, der Halbhöfner 2, und der Köther 1 Nacht auf seinen Aeckern erhält. Dieses Verhältniß ist, nach den gewöhnlichen Grundbesitzungen, das billigste und richtigste; aber schon durch einen ruhigen und ununterbrochenen Besitz von 10 Jahren, können auch Einzelne, oder die ganze Klasse der letztern, eine egale Theilnahme mit den Vollmeiern oder Höfnern am Hürdenschlage rechtlich erworben haben.

XIX. Erörterung.

Eltern oder Vormünder, welche ihren Consens zur Verheirathung ihres Sohnes oder Curanden einmal ertheilt haben, können ihre Einwilligung nicht einseitig und willkührlich zurücknehmen, wenn derselbe seine, wenn gleich nicht constitutionsmäßig Verlobte, unter dem wiederholten Versprechen der Ehe, nachmals geschwängert hat.

Das Oberappellationsgericht hat den vorstehenden Grundsatz schon 1800 in Sachen Holbern wider Riemenschneider, 1804 in Sachen Unger w. Grünkler, 1806 in Sachen Schweke w. Beste angenommen, und nach demselben auch noch am 16ten Jun. 1817 in Sachen Schild w. Schäfer dahin erkannt: Wenn nun der Umstand, daß der Schwängerer noch Eltern am Leben hat, oder unter Vormündern steht, allein genommen, die durch den §. 5. unserer Eheconstitution begründete Eheklage nicht unstatthaft macht; die Implorantin auch ausdrücklich behauptet, und sich zu dem Beweise erboten hat: daß die Eltern des Imploranten, vor dem mit ihm vollzogenen Beischlafe, ihre Einwilligung zu der mit ihr intendirten Eheverbindung gegeben hätten, und daß sie nachmals von demselben, unter dem Versprechen der Ehe, zum Beischlafe

verführt sey, durch den Beweis dieser beiden Thatsachen aber der abgeleugnete Grund der Klage, allerdings erwiesen werden kann; indem es den Eltern nicht gestattet werden mag, ohne besondere rechtliche Ursachen, von dem einmal ertheilten Consense zur ehelichen Verbindung mit der, unter dem Versprechen der Ehe geschwängerten Frauensperson, nachgehends willkührlich zurückzutreten, und ihren dissensum zu declariren: So habt ihr, unter Aufhebung eures Bescheides, die Implorantin mit dem anerbotenen Beweise ihres Klagegrundes, in der obigen Maße und salva reprobatione zuzulassen, und demnächst ferner zu erkennen w. R.

XX. Erörterung.

Zeugenschaft der Eltern in Ehesachen ihrer Kinder.

Nach dem römischen Rechte werden Eltern und Kinder in ihren Rechtshändeln mit fremden[1]) Personen, weder für noch gegen einander, zum Zeugniß gelassen, wenn sie auch dazu bereitwillig seyn sollten[2]). Das canonische Recht[3]) hingegen läßt ausnahmsweise in Ehesachen das Zeugniß der Eltern für ihre Kinder zu; und mithin muß auch die Gegenparthei derselben befugt seyn, die Eltern wider ihre Kinder zum Zeugniß aufzufordern; weil im Processe die Rechte beider streitenden Theile gleich sind. Bei der hier eintretenden Collision beider Rechte würde es aber darauf ankommen, ob das römische, oder canonische Recht den Vorzug habe? Eine Frage, die so wohl überhaupt[4]), als insonderheit nach Braunschweig-

1) In Streitigkeiten der Kinder unter einander werden die Eltern zugelassen. a Pufendorf I. 140.

2) Pract. Erörter. V. 12.

3) Cap. 3. X. qui matrimonium accussare possunt, vel contra illud testari.

4) M. s. Glück Commentar, §. 77. ff. Quistorp Beiträge nr. 53.

Lüneburgischen Rechten [5]) in theoretischer Hinsicht nicht ohne große Zweifel ist. Der Gerichtsgebrauch hat indeß in diesem Puncte dem canonischen Rechte den Vorzug vor dem römischen Rechte eingeräumt [6]), und ist auch noch neuerlich am 23sten April 1818 in Sachen Schild w. Schäfer, pto. Vollziehung der Ehe angenommen, und vom O. A. Gericht erkannt, daß die Mutter des Beklagten, welche von der Klägerin zum Zeugniß darüber vorgeschlagen war, daß der verstorbene Vater desselben in die Vollziehung der Ehe mit der Klägerin eingewilligt, ehe der Beklagte sie unter dem Versprechen der Ehe geschwängert habe, als eine verwerfliche und völlig unzulässige Zeugin nicht betrachtet werden könne.

Nach der generellen Vorschrift des Papst Clemens und dem Grunde derselben, können übrigens die Eltern auch zur Zeugnißablegung in dergleichen Fällen gezwungen werden; denn jeder vom Gesetz zugelaßne Zeuge ist schuldig, das von ihm geforderte Zeugniß abzulegen [7]).

5) M. vergl. Engelbrecht de genuinis decis. jur. fontibus in terris Br. Düneb. §. 20. Mascov notitia jur. et iudicior. Br. Lüneb. §. 9. Kress. (Resp. Zenk) de differentiis jur. comm. et Brunsuicensis p. 2*).

6) a Pufendorf I. 16. II. 19. M. vergl. auch die Verordnung vom 29. Oct. 1822 §. 2.

7) Hommel Catalog. test. alphabet. p. 95.

XXI. Erörterung.

Von dem Retracte in den Bremischen Erbstammgütern.

Ueber die Ausübung des ritterschaftlichen Retracts in den Stammgütern des Herzogthums Bremen hat das Oberappellationsgericht zu Celle, am 21sten Decemb. 1799, in Sachen des Contributionseinnehmers Hüning, wider den Curator weyl. Rittmeisters von Jüngermann nachgelaßenen Sohnes, in pto. Beispruchs, auf nachstehende Weise geurtheilt: Wenn gleich auch den Söhnen des Bremischen Adels der Beispruch veräußerter Erb-Stammgüter im Allgemeinen nicht zu versagen seyn dürfte; Dieweil jedoch in Absicht des appellatischen Mündels, theils die gesetzliche, im Ritterrechte vorgeschriebene Zeit von einem Jahre, sechs Wochen und drei Tagen längst abgelaufen [1]; theils von dessen Vater, als natürlichem Vormunde seines Sohnes, dem Retracte stillschweigend entsagt, solcher mithin in dem gegenwärtigen Falle erloschen und unstatthaft ist, über dem der appellatische Mündel, als Erbe seines Vaters, doch immer zur Evictionsleistung verbunden gewesen seyn würde: so ist übel gesprochen, wohl appellirt, Sententia a qua also wieder aufzuheben und dahin abzuändern, daß Appellant von der angestellten Klage schlechterdings zu entbinden sey [2].

1) M. vergl. Pract. Erörter. B. 5. n. 24. 25. u. 26.

2) von Ende jurist. Ausführungen Fr. 19.

XXII. Erörterung.

Von der Wirkung des vorbehaltenen Eigenthums an der verkauften Sache, wenn über des Käufers Vermögen Concurs ausgebrochen ist.

Der Vertrag, wodurch der Verkäufer sich das Eigenthum an der verkauften Sache, ehe der Kauf durch Tradition vollzogen ist, so lange vorbehält, bis der Kaufschilling berichtigt ist, hat gewöhnlich den Zweck, daß das Eigenthum der Sache an den Verkäufer zurückfallen, der Verkauf mithin retro rescindirt, und dem Verkäufer die Vindicationsbefugniß eingeräumt seyn soll, wenn der Käufer insolvent wird [1]). Die Eröffnung des Concurses zeigt allezeit dessen Insolvenz. Ist die Sache annoch in der Concursmasse vorhanden, so braucht der Verkäufer sich gar nicht in den Concurs einzulassen, und es steht ihm ein Separationsrecht ex jure dominii zu, vermöge dessen er mit der Eigenthumsklage die Zurückgabe derselben fordern kann [2]). Ist aber die Sache im Concurse verkauft —

1) Thibaut System des Pandeckenrechts §. 955. Glück im Commentar §. 1000.

2) Struben rechtl. Bedenk. I. 33. Gmelin diss. de jure separationis, quod exorto super bonis emtoris concursu venditori in re vendita competit. §. 27 f.

wozu die Gläubiger allerdings, jedoch auf ihre Kosten [3]), befugt sind [4]), weil sie durch befriedigende Zahlung des Kaufgeldes den Rückfall des Eigenthums abwenden können — so ist der Verkäufer, nach der beständigen Praxis des O. A. Gerichts, und vermöge des ihm zuständigen Separationsrechts berechtigt, die Bildung einer besondern Masse des corporis bonorum aus dem Erlöse der Kaufgelder zu fordern, und daraus seine Befriedigung an Kapital, Zinsen [5]), und Kosten, vor allen andern Gläubigern des Gemeinschuldners zu begehren [*]).

Dieses Vor- oder Separationsrecht an dem Erlöse der Kaufgelder gründet sich auf kein, dem dominio reservato besonders beigelegtes Privilegium, oder bevorzugtes Hypothekenrecht, sondern es stützt sich darauf, daß Niemand aus fremden Vermögen seine Befriedigung fordern; der Verkäufer den anderweiten Verkauf des Grundstücks im Concurse nicht hindern kann, und daß mithin das reser-

3) Struben a. a. O.

4) Gmelin l. c. §. 26. Dessen Ordn. der Gläubiger (Ausg. 1813.) Cap. 2. §. 51.

5) Wenn sie gleich sonst erst nach abgetragenen Capitalien zur Zahlung gelangen. Struben a. a. O. 108. Weber disp. de pecunia hereditaria, acced. observat. nonnullae de dominii et hypothecae reservatione §. 5.

*) Von der Wirkung einer, an der verkauften Sache reservirten Hypothek, a Pufendorf I. 212. Pract. Erörter. VI. n. 39. In dem Prioritätsurtheile der Gläubiger des Major Breimann stellte die Zellische Justizcanzlei, im Jahr 1821, die Rittmeisterin Meier mit ihrer Forderung, ex Hypotheca in re vendita reservata, unter die Separatisten ex jure crediti.

virte Eigenthum, als ein accessorisches Recht der Forderung auf den Kaufpreis, im Concurse betrachtet werden muß [6]).

Die zur Befriedigung des Verkäufers dienende Separat-Masse wird übrigens nicht bloß aus dem Erlöse des Kaufpreises der im Concurse verkauften Sache, worauf das dominium reservatum haftet, sondern auch aus den, während des Concurses davon aufgekommnen Zinsen, oder sonstigen Nutzungen der Sache, an Pacht- oder Miethgeldern, als fructibus domini, gebildet; wohingegen aber auch der Verkäufer verbunden ist, die während des Concurses davon abgetragenen, oder rückständig gebliebenen onera publica realia, oder sonstigen Administrationskosten des Grundstücks sich anrechnen zu lassen.

Nach diesen Prinzipien hat das O. A. Gericht in der am 14ten April 1794 eröffneten von Bülowschen Priorität-Sentenz [7]) nr. 1. 2. 3, und am 14ten Jun. 1818 in Sachen Einfeld w. Schiever erkannt. In der letztern Sache ward auch angenommen, daß ein, das jus separationis ex reservato dominio absprechendes Urtheil, bei dem Mangel der Appellationssumme, selbst ex capite nullitatis aufgehoben, und bei Seite gesetzt werden könne, wie späterhin, am 16ten Jun 1819, in Sachen Ey w. Giebel vom Tribunal ausdrücklich erkannt ist. Das reservirte

6) Verschiedentlich hat man hierbei auch auf das commodum surrogationis zurückgehen wollen; weil der Concursproceß ein iudicium universale sey. Aber dieses, wenig haltbaren Grundes bedarf es nicht.

7) von Ramdohr Erfahrungen B. 1. S. 225. Auch von der Cellischen Justizcanzlei ist, nach den obigen Grundsätzen, in der im Jahr 1821 eröffneten Prioritätsentenz der Gläubiger weil. Oberpostmeisters Wackerhagen zu Harburg, erkannt.

Eigenthum beschränkt sich übrigens nur auf das Grundstück selbst, oder wenn es im Concurse subhastirt ist, auf den daraus gelöseten Kaufschilling, und die, während des ausgebrochnen Concurses, daraus aufgekommnen fructus dominii. Es versteht sich daher von selbst, daß der Verkäufer, oder dessen Cessionarien, auf die, in einem sub reservato dominio verkauften Gebäude vom Käufer gemachten neuen Anlagen, z. B. Brauereien, Brennereien, Fabriken, und deren Apparate, keine Ansprüche machen können, zumal wenn sie, ohne der Substanz des Gebäudes zu schaden, hinweg genommen werden können. Das O. A. Gericht wies daher in der zuletzt angeführten Sache den Verkäufer, welcher eine vom Käufer in dem sub reservato dominio verkauften Hause angelegte, und eingemauerte Branteweinsblase, nach ausgebrochenem Concurse, mit zur Separatmasse heranziehn zu können vermeinte, mit seinem Anspruche zurück.

XXIII. Erörterung.

Die wichtigern Criminalverhöre müssen in Gegenwart zweier Beamten vorgenommen werden. Zur Erläuterung des §. 7. Cap. 1. der Criminal-Instruction.

Die Criminal-Instruction[1]) befiehlt ausdrücklich, daß bei schweren Verbrechen keine der wichtigern Verhöre von einem Beamten sollen vorgenommen werden können, und daß es bei dieser Vorschrift sein unabänderliches Verbleiben haben soll. Der Zweck derselben geht wörtlich dahin, damit dergleichen wichtige Criminal-Protocolle und Verhöre nicht auf den Glauben einer einzelnen Gerichtsperson beruhen, und von den Vertheidigern der Inquisiten nicht angefochten werden mögen. Nebenzweck ist unstreitig, daß die zweite obrigkeitliche Person, oder deren Stellvertreter[2]), über die Ordnung des Verfahrens, und die Richtigkeit des Protocolls mit wachen, die Wahrheit der Sache mit erforschen, und das beachten soll, was der andere etwa unbeachtet lassen möchte. Die Gegenwart zweier Beamten bei, und mithin nicht nach abgehaltenen Verhören, gehört also zur gesetzlichen Form des Untersuchungsprocesses in wichtigen peinlichen Fällen. Die Verabsäumung derselben macht das Verhör oder Protocoll nichtig, und eine Wiederhohlung des erstern, nach legaler Formalität, nothwendig. Zwar spricht das Gesetz die Strafe der Nichtigkeit nicht förmlich

1) Cap. 1. §. 7. 8. General-Ausschr. der K. Justiz-Canzlei zu Zelle, vom 5ten December 1823.

2) Nach der Criminal-Instruction a. a. O. ein benachbarter Beamter, ein Amts-Auditor, oder ein besonders zu beeidigender Notar. Struben rechtl. Bedenken III. 106.

aus; aber dessen bedurfte es auch nicht, weil sie in den Worten und dem Zwecke der gesetzlichen Vorschrift schon anzutreffen ist, und in dem Mangel der gesetzmäßigen Anzahl von Gerichtspersonen ihren Grund hat[3]). Das, ohne Beobachtung der vorgeschriebnen Form, von einem Beamten vorgenommne Verhör mit dem Gefangenen, oder den Zeugen, in schweren Verbrechen, und bei den wichtigsten Handlungen des Criminalprocesses, kann auch dadurch nicht verbessert oder ergänzt werden, daß erst nach vollendeten Verhören ein zweiter Beamter zugezogen wird, um bei der Vorlesung der Protocolle gegenwärtig zu seyn. Das Königl. O. A. Gericht erklärte daher ad Acta inquisit., den Inquisiten Riemenschneider wegen Kirchendiebstahls betr., auf den Antrag des für denselben bestellten Vertheidigers, die mit dem Inquisiten nur von einem Beamten vorgenommnen Articulirtenverhöre, welche späterhin in Gegenwart eines zweiten Beamten demselben vorgelesen, und von ihm genehmigt waren, für nichtig, und verordnete am 8ten Mai 1818 die Wiederholung derselben auf die gesetzlich vorgeschriebene förmliche Weise. Nimmt übrigens der Inquisit seine, in den unförmlich angestellten Verhören enthaltenen, und mit den sonst als wahr befundenen Thatsachen übereinstimmenden Geständnisse bei den erneuerten, und wiederholten Verhören zurück, so kann der Wiederruf doch immer nur in so weit attendirt werden, als er mit der Angabe von Umständen begleitet wird, welche sein früheres Geständniß als unrichtig und ungegründet darzustellen vermögen[4]).

3) Tittmann Handb. der Strafrechtswiss. §. 655.

4) Tittmann Abhandl. über Geständniß und Wiederruf §. 22. Dessen Handb. der Strafrechtsw. §. 803. ff. Martin Lehrb. des Criminal-Processes §. 75.

XXIV. Erörterung.

Von dem vormaligen Wachgerichte in der Altstadt Hannover.

Seit den ältesten Zeiten existirte in der Altstadt zu Hannover eine Art von Policeigericht, welches mit dem Namen Wachgericht sehr treffend bezeichnet ist [1]). Das Personal desselben bestand aus einem Senator und drei Stadtöfficieren, welche keine Rechtsgelehrte zu seyn brauchten. Zum Ressert dieses Gerichts gehörten alle Verbalinjurien und Schlägereien, wobei kein Theil blutrünstig geworden ist; auch hatte dasselbe über die Unzuchtsfälle oder Hurenbrüche zu erkennen. Die Hebammen waren verpflichtet, alle unehelichen Geburten, welche sich in der Altstadt ereigneten, dem Wachgerichte anzumelden, welches von der Frauensperson 5, und von der Mannsperson 10 Rthlr., wenn sie des Vermögens waren, und unter des Raths Gerichtsbarkeit standen, einforderte. War zugleich mit der unehelichen Geburt ein Ehebruch verbunden, so ward der Unzuchtsbruch verdoppelt, und nach erlegter Bruchstrafe das Verbrechen dem Magistrat zu peinlicher Bestrafung angezeigt. Die Hälfte der Straf- oder Bruchgelder flossen in die Stadt-Cämmerei-Register, die andere Hälfte derselben ward unter die Mitgleider des Gerichts, loco salarii, vertheilt. Ein Mitglied des Wachgerichts führte über die eingegangenen Straf- und Bruchgelder besondere Rechnung, welche in Gegenwart der Wachherren, und des

1) Oesterley Grundriß des Braunschweig-Lüneburg. Processes §. 16 S. 68. und Handb. des Hannöv. Proc. Th. 1. Gött. 1819 S. 267

ersten Secretairs des Magistrats nachgesehen, und wenn sie richtig befunden, von denselben unterschrieben wurden. Sie kam alsdenn, als ein Beleg, zu den Cämmerei-Registern.

Das Wachgericht, welches nach untersuchter Sache und befundenen Umständen, die Geld oder Gefängnißstrafe in den erwähnten Sachen bestimmte und ermäßigte, war übrigens dem Magistrats-Collegio subordinirt, und von den Aussprüchen des erstern ward an letzteres appellirt. Die Wachherren leisteten folgenden Eid: daß ihr dies Jahr der Stadt zu Gute Wachherren seyn, Hurerei, Schande und Gewalt nach eurem besten Verstande strafen, und daß nicht einigerlei Ursachen willen unterlassen, sondern ohne Ansehn der Personen, und im übrigen wegen der Brüche nach dem Reglement verfahren, auch nach der euch zugestellten Instruction ein richtiges Protocoll führen wollet: So wahr u. s. w. Ein altes Principium des Wachregisters enthielt Folgendes: Das Wachgerichts-Collegium besteht aus einem Senator und drei Stadtofficieren. Dieselben setzen nach untersuchter Sache und befundenen Umständen, die Geld und Gefängnißstrafe. Vor hiesiges Gericht gehören: Schimpf- und Scheltworte, Schlägerei bis aufs Blut, S. v. Hurerei, von welchen ein simpler Bruch zu 5 Rthlr. an der Frauensperson, und der Mannsperson 10 Rthlr. (wenn sie zu haben) nach der Ordnung genommen werden; welche aber einen Ehebruch begehn, solche werden als ein duplex gehalten: jedoch nachher Bürgermeister und Rath zu weiterer Untersuchung übergeben; Und wird der Ueberschuß der aufkommenden Gelder zur Hälfte mit der Cämmerei getheilet.

Dieses uralte Policei- und Sittengericht ist durch die, mit dem Jahr 1821 eingetretene neue Organisation des Magistrats der Altstadt Hannover aufgehoben.

XXV. Erörte-

XXV. Erörterung.

Von der Koppeljagd im Fürstenthum Lüneburg.

Der Ritterschaft des Fürstenthums Lüneburg stehet in allen den Feldmarken [1]) die Koppeljagd zu, in welchen sie Gutsleute, oder Zehnten hat. In der Resolution Herzogs Christian Ludwig vom 28ten Dec. 1652 [2]), heißt es: „Und bleibet sonsten einem jeden auf denen Feldmarken, da er seine Gutsleute und Zehenden hat, die Koppeljagd, auch Stellen und Schießen, so weit solches von jedwedem gebührlich hergebracht, nicht unbillig vorbehalten u. s. w." In der Resolution Herzogs Georg Wilhelm, vom 28sten April 1682 [3]), wird solches noch näher, und ohne Einschränkung dahin bestätigt: „Wegen der Nieder- oder Unterjagden aber erklären wir uns dahin, daß wir es damit bei dem in unserm Herzogthume Lüneburg befindlichen Herkommen, daß die vom Adel auf derer Dörfer, vor welchen sie Zehenden, oder in denen Dörfern Meier und Zinsleute haben,

1) a Pufendorf Tom. 1. obs. 228. Tom. 2. obs. 36. Pract. Erörter. B. 5. n. 19. Mein Handb. des Landwirthschaftsr. §. 200

2) in C. C. Luneb. cap. 9. nr. 3. S. 22.

3) in C. C. Luneb. cap. 9. nr. 2. S. 19.

Feldmarken die Jagden, jedoch ohne Verwüstung, exerciren mögen, ferner lassen wollen."*)

Die in der ersten Resolution enthaltene Stelle: so weit solches von jedwedem gebührlich hergebracht, beziehet sich hiernach nicht auf das Jagdrecht selbst, sondern nur auf die Art und Weise der Ausübung desselben; mithin lediglich auf den modum exercitii iuris venandi. Der Gebrauch dieses Jagdrechts gehört, als Ausfluß des Eigenthumsrechts zu den Gegenständen freier Willkühr. Es kann daher die unterlaßne Ausübung der Koppeljagd auf dergleichen Feldmarken, und wenn sie auch seit Menschengedenken nicht ausgeübt seyn sollte, den Verlust derselben nicht zur Folge haben. Nur durch qualificirte Verjährung geht sie für den Jagdberechtigten verloren[4]). Das Königl. O. A. Gericht erkannte daher am 23sten Mai 1818 in Sachen von Duve w. den Anwald des Jagdamts Ahlden auf folgende Weise: Da es nicht bestritten wird, daß dem von Duveschen Burglehn zu Rethem die Gutsherrschaft über den im Dorfe Bosse befindlichen Michaelischen Hof zusteht, die Lüneburgischen Gutsbesitzer aber zu Folge der Resolutionen v. J. 1652

*) a Pufendorf Tom. 2. obs. 36. §. 1. Der bloße Besitz einzelner Aecker und Wiesen, der Hut und Weide auf fremden Feldmarken, oder das Ineinandergreifen derselben, berechtigen daher noch nicht allein, ohne das Hinzukommen anderer Erwerbs-Titel z. B. der Verjährung, zur Mit- oder Koppeljagd, wie von der Cellischen Canzlei, im J. 1822, in Sachen des Jagdamts Knesebeck w. Hermann v. d. Knesebeck, in pto. Jagd auf der Stöckner Feldmark, und im J. 1823, in Sachen des Jagdamts Bleckede w. die Gebr. von Spörken, in pto. der Jagd in der Vitico, angenommen und entschieden ist.

4) Pract. Erörter. B. 5. nr. 27 und B. 6. nr. 12. Not.*)

und 1682 berechtigt sind, in den Feldmarken der Dörfer, worin ihre Gutsleute wohnen, die Koppel-Jagd zu exerciren, und daher der Implorant zu solcher Jagd in dem Bosser-Bruche gleichfalls für berechtigt zu achten ist; dieses Recht auch durch einen bloßen non usum nicht, sondern nur per proscriptionem qualificatam verloren gehn kann; mithin die, hierauf nicht gerichteten Beweis-Artikel als unerheblich erscheinen: so ist der Implorant von der wider ihn erhobenen Klage zu entbinden.

Der Anwald des Jagdamts ließ dies Erkenntniß, auf speciellen Befehl der Cammer, in Rechtskraft treten.

XXVI. Erörterung.

Von der Anweisung und Verabfolgung des Holzes, sonderlich aus den Landesherrl. Waldungen und Forstrevieren, gegen Forstzins.

Zu den mancherlei Dienstbarkeiten und Berechtigungen, womit insonderheit die herrschaftlichen Waldungen und Forstreviere in ältern Zeiten, wo man, wegen des damaligen Holzüberflusses, an Forstcultur, Holzmangel, Conservation, und planmäßige Hauung des Holzes und dergleichen gar nicht, oder sehr wenig dachte, häufig belästigt sind, und wodurch noch gegenwärtig die Dispositionsbefugnisse der Herrschaft, über ihre Forsten und Gehölze oft nachtheilig beschränkt werden, gehört auch die Verpflichtung der Forstherrschaft zur Anweisung und Verabfolgung von Brenn- Bau- oder Nutzholz, welche Stiftern, Klöstern, Rittergütern, Communen, oder einzelnen Unterthanen, gegen Erlegung eines Forstzinses, eingeräumt ist, und die sie, vermöge eines besondern Rechtstitels, durch Recesse und Verträge, oder rechtsgültiges Herkommen, und wohlhergebrachte Observanz, welche letztern überhaupt im Forst- und Waldrechte von vorzüglich entscheidendem Einfluße sind, erlangt haben.

In Hinsicht des, dem Forstherrn zu entrichtenden sogenannten Forstzinses lassen sich zwei Hauptarten desselben unterscheiden. Er wird entweder zum Zeichen

eines gehabten Waldeigenthums, des beibehaltenen Forstobereigenthums, oder auch wohl für die Einräumung gewisser Holzberechtigungen und Waldnutzungen entrichtet, die der Forstherr Andern in seinen Gehölzen überlassen, und eingeräumt hat; oder er hat bloß die Natur und Eigenschaft einer Holz-Taxe, d. h. einer Preisbestimmung des jedesmaligen wahren, oder currenten Werths des Holzes, und der verschiedenen Holzgattungen.

Die erste Art des Forstzinses, welche schon hin und wieder in den Urkunden des eilften und zwölften Jahrhunderts, und späterhin in Forstbeschreibungen, Lagerbüchern, Urbarien u. s. w. unter dem Namen von Forstzins, Forst-Mede (Forst-Miete) Forstgeld, Waldzins und dergl. vorkommt[1]), hat unstreitig die Natur eines vorbehaltenen Grundzinses, und kann daher, wenn er über rechtsverjährte, ja seit undenklicher Zeit gleichförmig entrichtet ist, als unbewegliche oder ständige, keiner einseitigen Veränderung unterworfene Abgabe, gegen den Willen der Berechtigten vom Forstherrn nicht willkührlich erhöhet und gesteigert werden[2]). Insonderheit trift man diese Gattung des Forstzinses bei solchen Corporationen, Communen, Dorfschaften u. s. w. an, welche vielleicht in frühern Zeiten, und ehe sich die Landesherrliche Oberforstherrschaft, und forstliche Obrigkeit in ein privatives landesherrliches Waldeigenthum auflöste und

1) Haltaus Glossarium p. 477 seq. Wiesand jurist. Handb. v. Forstzins, Krebs de ligno et lapide P. 1. Sect. 4. §. 2. Danz Handb. des deutschen Privatr. B. 5. S. 239.

2) a Pufendorf Tom. 2. obs. 107 §. 6. Runde deutsch. Privatr. §. 508. Mein Handb. des Landwirthschaftsr. §. 254.

verwandelte[3]), wahre Genossen oder Interessenten, d. i. Miteigenthümer des Waldes oder Gehölzes seyn mochten, und denen in der Folge der Zeit, nach den Lagerbüchern, Forstbeschreibungen, Forstregistern und dem Herkommen nur noch die Befugniß übrig geblieben ist, ihr nothdürftiges Brenn- Bau- oder Nutzholz gegen einen gleichförmigen Forstzins oder Kaufpreis aus der Waldung zu fordern.

Ist die Verbindlichkeit der Forstherrschaft anerkannt, oder erwiesen, den Berechtigten — die oft mit dem Namen der Forst oder Wald-Interessenten, wiewohl uneigentlich bezeichnet werden, ohne gegenwärtig noch wirkliche Genossen und Miteigenthümer des Waldes zu seyn — gewisse Holzarten und Quantitäten zu einem herkommlich, oder vertragsmäßig bestimmten, von dem wahren oder currenten unabhängigen Preise — Forstzinse — zu liefern, und verabfolgen zu lassen; so kann dieselbe den bestimmten Preis des Holzes, den herkommlichen oder vereinbarten Forstzins, nicht willkührlich erhöhen; selbst dann nicht, wenn auch je zu Zeiten eine geringe Steigerung desselben eingetreten und geschehen seyn sollte. In der letztern liegt, unter den angeführten Voraussetzungen, kein Beweis für die Willkührlichkeit des Verkaufspreises[4]), wie vom Oberappellationsgerichte 1793 in Sachen von Grote w. die Gemeinde Jühnde, und 1795 in Sachen der Rentcammer w. Landwehrnhagen angenommen und entschieden ist.

Die zweite Art des Forstzinses besteht in einer Preisbestimmung der verschiedenen Arten und Gattungen des Holzes, als Holz betrachtet, — also ausschließlich der Acci-

3) Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. B. 51.

4) von Ende juristische Abhandlungen n. 16.

denzen, des Hauer- und Fuhrlohns — und begreift mithin eine Holztaxe in sich. Schon in den vorigen Jahrhunderten wurden solche Holztaxen unter dem Namen von Forstzins entworfen, und den Forstregistern gewöhnlich beigefügt. Ihrer Natur nach sind sie, wie alle andern Policei- Cammer- Korntaxen u. s. w.[5]) von Zeit und Umständen abhängig, mithin wandelbar*); indeß waren sie in ältern Zeiten größtentheils ziemlich feststehend. Man wich selten von dem alten Forstzinse ab, erhöhete ihn allenfalls etwas bei einzelnen vorzüglichern Holzgattungen, wenn solche allzugeringe gegen den allgemeinen Holzpreis zu stehen kamen, und ließ auch nach demselben, ob er gleich an den mehrsten Orten immer geringer war, als der marktgängige, oder laufende Holzpreis, den Verkauf des Holzes an Unterthanen und Nichtberechtigte geschehen; weil man es für billig hielt, ihn den Unterthanen nicht zu steigern. Bei dem späterhin immer mehr zugenommnen Holzmangel, der vermehrten Concurrenz der Käufer, und den sich gänzlich veränderten Umständen in dem Werthe des Holzes, hat man aber in neuern, und in den neuesten Zeiten angefangen, auch in den landesherrlichen Waldungen und Revieren das Holz nicht nur öffentlich meistbietend versteigern, sondern auch die alten Holztaxen, und den alten Forstzins abändern zu lassen, und solche mit dem jetzigen wahren, oder currenten Werthe

5) von Berg Handb. des Policeirechts Th. 4. Abth. 2. n. 25. Meine Samml. der Hannöv. Landesgesetze J. 1817. S. 137. f.

*) Die Königl. Cammer zu Hannover hat die Holztaxen zuweilen abgeändert, und daher finden sich in den Forstregistern die Bezeichnungen: nach der alten, nach der neuen Forsttaxe.

des Holzes in das gehörige Verhältniß zu setzen gesucht[6]). Unstreitig ist die Forstherrschaft zu dergleichen Holzpreiserhöhungen befugt, und die Käufer sind nicht berechtigt, den Verkauf des Holzes, nach dem ältern oder geringern Forstzinse, und niedrigere Holztaxen zu fordern[7]).

Eine Ausnahme hiervon machen jedoch die Erbenzinsleute und Pächter, welchen in ihren frühern, mit der Herrschaft errichteten Erbenzins- oder Pachtcontracten „die Anweisung und Verabfolgung einer gewissen Quantität Brenn- Bau- oder Nutzholz, gegen Forstzins, allgemein und ohne nähere Bestimmung, versprochen und zugesichert ist." Auf dergleichen, ein verbindliches pactum de emendo et vendendo enthaltende Stipulationen können, ohne unzulässige Rückwirkung*), die spätern und neuern erhöheten Forst- und Holztaxen um so weniger Anwendung finden, als die Forstherrschaft sich deutlich und bestimmt hätte erklären müssen, wenn es ihre Absicht gewesen wäre, von den Erbenzinsleuten und Pächtern den jedesmaligen wahren oder currenten Holzpreis zu verlangen. Durch den allgemeinen Ausdruck: gegen Forstzins, wollten sich gerade beide Theile wider spätere Preisveränderungen sicher stellen, und bei der Behandlung des Canon, des Pachtgeldes, und den sonstigen Contractsbestimmungen ist ohne Zweifel auf den zur Zeit der Errichtung derselben bestehenden Forstzins Rücksicht genommen. Den Erbenzinsleuten und Pächtern steht daher

6) Vergl. Meine Samml. der Hannöv. Landesgesetze Jahr 1817. S. 217.

7) von Berg Rechtsfälle Th. 2. n. 3.

*) Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft der Gesetze, Gött. 1818, Einleit. §. 4. ff.

daher die Rechtsvermuthung [8]) zur Seite, daß der, zur Zeit der Verleihung oder Pachtcontractserrichtung bestandene Forstzins, als feststehend und unveränderlich, hat betrachtet, und während der Dauer dieser Contracte bezahlt werden sollen. Was auf diese Weise wechselseitig stipulirt, und in gutem Glauben angenommen ist, kann von keinem der Contrahenten einseitig, und willkührlich abgeändert werden [9]).

8) Glück im Commentar §. 344.

9) L. 11. §. 1. D. de act. emt. et vend.

XXVII. Erörterung.

Eine heimlich geschehene Trauung hebt das erste gültige Verlöbniß nicht auf.

Verschiedene Rechtslehrer [1]) halten das mit einer dritten Person, durch priesterliche Trauung, geknüpfte Eheband stärker, als die aus dem ersten gültigen Verlöbniß entspringende Verbindlichkeit. Andere [2]) hingegen behaupten, daß die Ehe von der ersten, gültig verlobten, Person nur in dem Falle nicht angefochten werden könne, wenn die Trauung auf die gesetzliche Art, mithin nach vorgängigem Aufgebot, oder erlangter Dispensation, öffentlich geschehen, und diese Handlung zur Kenntniß des ersten Verlobten gekommen sey; weil er dadurch auf seinen Einspruch stillschweigend verzichtet habe [3]). Ist aber die Trauung und Ehe heimlicher und verstohlnerweise

1) Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten §. 232.

2) Böhmer princ. jur. canon. §. 378. Schott Eherecht §. 152. Dabelow Grnndsätze des Eherechts §. 92. Lobethan Einleit. in die Eherechtsgelahrtheit Th. 2. Bd. 1. Abschn. 3. Hauptst. 1. §. 21. Schott jurist. Wochenblatt, Jahrg. 4. S. 542.

3) In einem solchen Falle findet auch keine Satisfactionsklage statt, welche jedoch der erst Verlobten nicht wohl versagt werden kann, wenn sie ohne ihr Verschulden keine Wissenschaft von der geschehenen öffentlichen Trauung ihres Verlobten erlangt hat. Schott a. a. O.

vollzogen, so halten die erwähnten Rechtslehrer [4]) dieselbe für widerrechtlich, und ungültig, und den zuerst gültig Verlobten berechtigt, die Aufhebung einer solchen Ehe zu verlangen. Ob die heimliche Trauung im In- oder Auslande [5]) geschehen ist, kann keinen Unterschied bewirken. Das Königl. O. A. Gericht hat nach der letztern Meinung am 2ten Septemb. 1818 in Sachen Gaukelsbrink w. Oberscheden erkannt.

4) in der Note 2.

5) Eine, ohne Dispensation, geschehene Trauung außer Landes wird besonders gestraft. Schlegel Kirchenrecht B. 1. S. 305. u. B. 3. S. 358.

XXVIII. Erörterung.

Der von einem abgeordneten Amts- oder Gerichts-Auditor aufgenommene letzte Wille ist für kein rechtsgültiges gerichtliches Testament zu achten.

Die bei den höhern und Untergerichten angestellten Auditoren haben kein Stimmrecht in gerichtlichen Angelegenheiten, und überall keinen richterlichen Charakter. Den Amts- und Stadtgerichts-Auditoren ist zwar fides protocollorum beigelegt [1]); aber dadurch sind sie lediglich den Gerichtsactuarien gleichgestellt, und keinesweges mit einer richterlichen Eigenschaft bekleidet. Ob jene, nach gemeinen Rechten, beauftragt werden können, für sich allein, und ohne Beiseyn einer, mit dem Richteramte versehenen Person, ein gerichtliches Testament, in- oder außerhalb der Gerichtsstelle, gültig aufzunehmen, oder zu protocolliren, und ob mithin ein solcher letzter Wille, als gerichtliches Testament, bestehen könne, oder nicht? darüber sind die Ansichten der Rechtsgelehrten bekanntlich sehr getheilt. [2]) Das höchste Tribunal hat neuerlich die Meinung derer Rechtslehrer [3]) adoptirt, welche an-

1) (Kannengießer) Samml. der Eidesformeln n. 44. Criminal-Instruction Cap. 1. §. 7.

2) M. s. insonderheit Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle B. 1. n. 10.

3) Claproth jurispr. extraiud. §. 107 u. 112. Stryk. de Cautel. testam. c. 7. §. 38. Wernher Obs. for. P. 1. obs. 26.

nehmen, daß zur Gültigkeit eines mündlichen gerichtlichen Testaments, außer dem Actuar, auch die Gegenwart einer richterlichen Person nothwendig sey, wenn nicht etwa der Richter die Stelle eines Actuars [4]), gesetz- oder verfassungsmäßig, zugleich mit bekleidet, und daß die bisher etwa beobachtete Observanz, vermöge welcher ein letzter Wille, auch durch einen dazu abzuordnenden Amtsauditor, oder Actuar aufgenommen werden könne, nicht zu attendiren sey. Am 2ten Jul. 1823 erkannte nemlich das höchste Tribunal, in Sachen Probst geb. Apel w. die Wittwe Lohmann u. Cons. wegen Erbschaft und Annullirung eines Testaments, also: Wenn gleich die richterliche Eigenschaft einer auf geschehene Requisition zur Aufnahme eines testamenti iudicialis nuncupativi deputirten Gerichtsperson nicht ausschließlich zum Zweck der Beurtheilung der physischen Fähigkeit des Requirenten ad testandum erforderlich seyn; so auch, daß die zur Aufnahme des Apelschen Testaments auf den Amtsauditor v. Hinüber verfügte Substitution nur von dem einen, die iudicialia betreibenden, Amts-Herzbergischen Beamten geschehen ist, dessen Gültigkeit nicht schaden möchte: dieweil jedoch die Rechtsbeständigkeit eines letzten Willens dieser Art in den Gesetzen an jene richterliche Eigenschaft geknüpft worden; mithin es nicht genüget, daß der aus der mündlichen Disposition des Testirens zu entnehmende Aufsatz von einer, dem Gerichte nur beigegebenen, und blos fidem protocolli habenden Person, zu Papier gebracht, und zu den Gerichtsacten übergeben werde, sondern daß der actus testandi selbst, coram persona iudicis geschehe, zu dem Wesen und der gesetzlichen Förmlichkeit eines solchen Testaments nothwendig ist; auch die hierwider von der Implorantin behauptete, und durch eine Mehrheit der bescheinigten Fälle

4) Struben rechtl. Bedenk. Th. 2. n. 51.

darzulegen versuchte Observanz, nach welcher auf den Althannöverschen Aemtern, Testamente von den Amtsauditoren aufgenommen worden, aus dem in dem Rescripto a quo enthaltenen Grunde[5]) um so weniger als relevant erscheint, als von ihr weder gezeigt, noch einst behauptet ist, daß die darin bekundeten Abweichungen, von der Vorschrift der Gesetze, zur Kenntniß der gesetzgebenden Gewalt gelangt, und von selbiger gebilligt sind, oder auch etwanige, von Interessenten wider also aufgenommene Testamente, gerichtlich eingelegte Widersprüche von den Justizstellen, mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt[6]), zurückgewiesen worden — so findet das pro Reformatoria angebrachte Gesuch keine Statt. Dieses Erkenntniß ward darauf auch mittelst Bescheides vom 23sten Oct. 1823, in der Restitutionsinstanz bestätigt.

Die vom höchsten Tribunal ausgesprochne Meinung wird durch unsere neuere Gesetzgebung noch mehr bestätigt. Nach der Amts-Ordnung[7]) gehören alle Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu den judiciellen Amtsgeschäften, welche die Beamten, als richterliche

5) Daß nemlich eine, den Gesetzen widerstreitende, Observanz keinen rechtlichen Bemerk verdiene.

6) In einer Resolution der höchsten Staatsbehörde, vom 15ten Aug. 1823, ward zu erkennen gegeben, daß derselben von einer ausdrücklich oder stillschweigend gebilligten Gerichts-Observanz, nach welcher ein Amtsauditor, für seine Person allein, gerichtliche Testamente rechtsgültig aufzunehmen befugt wäre, nichts bekannt sey.

7) vom 16ten Apr. 1823. §. 15. 16. und 56.

Obrigkeiten, zu besorgen haben. In Krankheits- Abwesenheits- oder andern begründeten Verhinderungsfällen kann dem impedirten Beamten nur ein anderer Beamter — also kein bloßer Amtsauditor[8]) — substituirt, und als Stellvertreter desselben bestimmt und beigegeben werden.

8) Amtsordnung §. 22. 27. und 29. und 30. Nach der Verordnung vom 29sten Oct. 1822 §. 2. und 4. werden bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welchen die Testamente und andere letztwillige Dispositionen namentlich beigezählt sind, ausdrücklich Gerichtspersonen erfordert, unter welchen man nur, nach dem Geiste und Sinne des Gesetzes, die mit richterlicher Qualität bekleideten Beamten verstehn und begreifen kann.

XXIX. Erörterung.

Peculium profectitium. Einrichtung einer separaten Oeconomie, mit Einwilligung des Vaters.

Diejenigen Güter, welche ein Vater den Kindern, die in seiner Gewalt stehn, zur Verwaltung überläßt, gehören bekanntlich zum peculio profectitio derselben. Nach Willkühr kann der Vater ihnen die Administration wieder nehmen, weil er Eigenthümer solcher Güter bleibt, und eben daher sie auch veräußern, mit Hypotheken beschweren u. s. f. Hat aber der Vater dem Sohne einen eignen abgesonderten Haushalt eingerichtet, ihn als Landwirth, Kaufmann, Künstler, Handwerker u. s. w. etablirt, und ihm zur eignen und besondern Wirthschaftsführung gewisse Güter förmlich abgetreten, so wird der Sohn, durch die angestellte separate Oeconomie, von der väterlichen Gewalt entledigt[1]), und die ihm zu jenem Ende übergebenen Güter verlieren dadurch von selbst die Eigenschaft eines peculii profectitii[2]). Der Vater hat daher, nach erfolgter Uebergabe, keine Dispositionsrechte mehr über dieselben, er kann sie dem Sohne nicht willkührlich wieder nehmen, sie nicht mehr veräußern, oder mit Pfandrechten beschweren. Zwischen Vater und Kindern können heut zu Tage dergleichen Verträge gültig geschlossen werden, sie bedürfen nach

1) Runde deutsch. Privatrecht §. 620. Was zur Anstellung eines abgesonderten Haushalts erforderlich ist, bemerkt Glück im Commentar §. 161.

2) Höpfner im Commentar §. 429. u. 432.

nach verschiedenen Particularrechten nur einer gerichtlichen Bestätigung [3]), und die römische fictio unitatis personae steht denselben nicht entgegen [4]). Die Volljährigkeit [5]) ist übrigens kein wesentliches Erforderniß zur Einrichtung eines abgesonderten Haushalts; vielmehr genügt dazu eine solche Reife des Alters und Verstandes, welche den Vater bestimmten, den Sohn zu etabliren, oder die Einrichtung einer eignen Oeconomie zu bewilligen [6]).

Uebrigens lassen sich die Grundsätze des römischen Rechts vom peculio profectitio auf die, mit gutsherrlicher Genehmigung, oder unter gerichtlicher Bestätigung errichteten Uebergabe und Abtretungscontracte, wodurch bürgerpflichtige Güter und Colonatstellen von den Eltern auf die Kinder übertragen werden, gar nicht anwenden, und ausdehnen. Diese Handlung besteht ihrer Natur nach in einem unwiederruflichen Geschäfte, sie faßt die Tradition des Eigenthums in sich, und vertritt die Stelle einer wirklichen Erbfolge [7]). In Sachen Kern wider Bode kamen diese Principien, im Jahr 1818, beim O. A. Gericht zur Anwendung.

3) Hat der Vater, mit der gestatteten Etablirung eines eignen Haushalts, die Abtretung gewisser Güter verbunden, und diese Uebereinkunft von dem competenten Richter protocolliren, oder den Act gerichtlich bebestätigen lassen, so ist im Wesentlichen die justinianische Emancipation darin zu befinden.

4) Glück a. a. O. Th. 2. S. 236 u. 377.

5) Die Entlassung aus der väterlichen Gewalt bewirkt freilich keine Volljährigkeit, und die letztere, auch nach deutschen Rechten, an sich keine Befreiung von der väterlichen Gewalt. Glück a. a. O. §. 161. Hofacker. princ. jur. rom. §. 621.

6) Eichmann Erklärung des bürgerl. Rechts Th. 3. S. 424.

7) Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 56.

XXX. Erörterung.

Von der Kostenerstattung versäumter Termine.

Ist zu einer gerichtlichen Handlung ein gewisser Tag bestimmt, oder ein Termin — terminus in quo — angesetzt, so muß die Parthei, welche in demselben ungehorsam zurückbleibt, dem Gegner die Kosten des vergeblichen Termins erstatten. Eben diese Verbindlichkeit tritt aber auch in dem Falle ein, wenn der eine Theil um die einstweilige Aufhebung, oder Verlegung des Termins den Richter gebeten, aber auf den Antrag keinen Bescheid erhalten — weil das Gesuch zu spät eingereicht, oder der Richter behindert war, darauf zu verfügen — und es versäumt hat, den Gegner, oder dessen Anwald von der nachgesuchten Aufhebung des Termins außergerichtlich in Kenntniß zu setzen, derselbe mithin im Termine vergeblich erschienen ist. Es ist die Pflicht jeder Parthei, in dem angesetzten Termine sich einzufinden [1]). Selbst ein unverschuldeter Zufall, oder sonstige Behinderungen können den Versäumenden von der Verbindlichkeit, die Kosten des frustrirten Termins zu erstatten, an und für sich nicht befreien [2]); aber in der unterlassenen Benachrichtigung, von der geschehenen Nachsuchung, um Aufhebung des Termins, wodurch die Kosten vermieden werden konnten, liegt allezeit ein solches Verschulden des Versäumenden, welches ihn zum Kostenersatze verpflichtet [3]). Hiernach urtheilte das Oberappellationsgericht am 20 Oct. 1818 in Sachen Jüdel w. von Zesterfleth.

1) Pract. Erörter. IV. S. 461.

2) Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 130.

3) Gönner Handb. des Processes B. 1. n. XVIII § 14. n. 3.

XXXI. Erörterung.

Von der Befugniß der Gutsherren im Fürstenthum Osnabrück, auf den Gründen ihrer Gutsleute einen Baum zu fällen.
Zur Erläuterung der Eigenthumsordnung Kap. 15. §. 12.

In dem Osnabrückschen Eigenthumsrecht, oder der Verordnung für die Gutsherren und eigenbehörigen Leute und Güter, vom 25sten April 1722, wird am angeführten Orte folgendes bestimmt: „Dafern auch der Gutsherr ein Stück Holz nöthig hat, so bleibet demselben frei, solches vom Erbe — Colonat — hauen zu lassen."

Ueber die Auslegung dieser Stelle, und deren eigentlichen Sinn, herrscht sowohl unter den Osnabrückschen Rechtsgelehrten, als in den Aussprüchen der Gerichte eine große Meinungsverschiedenheit. Die Vorschrift selbst redet ganz allgemein von Gutsherren und Erben — eigenbehörigen, in gutsherrlicher Abhängigkeit befindlichen Bauergütern. Die erstern brauchen daher den Beweis eines speciel-

len Herkommens dieser, ihnen gesetzlich eingeräumten Befugniß so wenig zu übernehmen [1]), als sie durch den bloßen bisherigen Nichtgebrauch verloren wird [2]). In Hinsicht der letztern kommt aber nichts drauf an, ob das Erbe groß oder klein [3]) ist, und ob die Besitzer desselben persönlich frei, oder zugleich eigen sind; weil diese Befugniß der Gutsherren sich auf kein Eigenthum an der Person des Wehrfesters, oder Hofbesitzers, sondern auf das Eigenthum an dem Gute gründet, was derselbe nach Colonatrecht inne hat, und unter Anerkennung des Gutsherren bewirthschaftet.

Ziemlich allgemein ist man jedoch darüber einverstanden, daß unter den Worten: ein Stück Holz, solche Bäume verstanden werden, welche zu Bau- und Nutzholz tauglich sind, mithin Eichen und Buchen; kein anderes, sogenanntes Weich- Nadel- Feuer- und Brennholz, oder gar nur der Zweig oder Poll von einem Eich- oder Buchbaume. Auch nimmt man als ausgemacht an, daß der Gutsherr von diesem Rechte sodann keinen Gebrauch machen dürfe, wenn der Wehrfester selbst das auf seinen Colonatgründen befindliche Holz zum Bau und zur Reparatur der Hofgebäude, oder zur Instandhaltung seiner

1) Wie Klöntrup im Handbuche v. Blumenholz n. 14. vermeint.

2) Als Sache freier Willkühr findet dagegen nur qualificirte Verjährung statt. Pract. Erörter. I. 27. VI. n. 12. Not. *) und 25. d. Bs.

3) Klöntrup a. a. O. v. Erbe. Schmidt Abhandl. verschiedener Rechtsmaterien B. 2. n. 41.

Feld- Acker- und Wirthschaftsgeräthe, Befriedignngen u. s. f. nothwendig bedarf; mithin dasselbe nicht entbehren kann. Die Befugniß des Gutsherrn muß daher allezeit dem eignen Bedürfniß des Coloni untergeordnet werden. Collidirt jene mit diesem, und entstehet deßhalb zwischen dem Gutsherrn und Wehrfester eine Differenz, so muß der Grund derselben durch eine, von Bau- und Forstverständigen zusammengesetzte Commission untersucht werden. Bei der Ausmittlung des Bedürfnisses des Eigenbehörigen sind aber die möglichen Unglücksfälle, z. B. Brand, feindliche Zerstöhrungen u. s. w. als ungewisse Ereignisse, nicht mit in Anschlag zu bringen, und in keinen besondern Betracht zü ziehen. Zeigt die Untersuchung, daß der Gutsherr durch den unternommnen Holzhieb das eigne Bedürfniß des Erbes wirklich beeinträchtigt hat, so ist er zur Schadloshaltung desselben verpflichtet.

Besonders zweifelhaft, und verschiedener Meinung ist man indeß hinsichtlich der Fragen: ob der Gutsherr auch in dem Falle ein Stück Holz hinwegzunehmen, und zü fordern befugt ist, wenn der Bestand seiner Privatforsten und Holzungen hinreichendes Material zu dem intendirten Baue liefern kann; und ob derselbe nur einen, oder mehrere Bäume zu solchem Zweck auszeichnen und fällen lassen darf? Der Ausdruck: nöthig hat, in der obigen Gesetzstelle, scheint freilich auf einen Mangel tauglichen Bau- und Nutzholzes, in den eignen Besitzungen des Gutsherrn, hinzudeuten. Indeß disponirt doch das Gesetz ganz allgemein; es ist etwas sehr zufälliges, wenn der Gutsherr auf seinen Gütern Holzungen mit Bau und Nutzholzbestande hat, und er ist auch der wahre Eigenthümer des, auf den eigenbehörigen Stellen befindlichen

Blumenholzes, d. i. der Eichen und Büchen[4]). Der Eigenbehörige kann daher die Ausübung des, seinem Gutsherrn zustehenden Rechts nicht dadurch ablehnen, daß derselbe in seinen Privatwaldungen oder Gehölzen hinlänglich taugliches Bau- und Nutzholz besitzt. Hätte die Befugniß der Gutsherren auf diese Weise beschränkt werden sollen, so würde das Gesetz sich gewiß hierüber bestimmt ausgedrückt, oder man würde wenigstens, statt des Wortes nöthig, das Wort nothwendig gewählt haben; denn was man nicht entbehren kann, ist nothwendig, aber was man gebraucht ist nöthig[5]). Der gesetzliche Ausdruck kann daher nur von einem Baubedürfniß des Gutsherrn überhaupt erklärt, und dahin insonderheit gedeutet werden, daß er bloß alsdann berechtigt seyn soll, ein Stück Holz auf den Gründen seiner Colonen zu fällen, wenn er seine Gutsgebäude, Vorwerke, Mühlen, und sonstige zum Gutshaushalte gehörende Baulichkeiten herzustellen, oder zu bessern hat; daß er aber nicht befugt seyn soll, zum verschenken, verkaufen, zu bloßen Luxusbauten, oder andern, mit der Gutsöconomie und deren

4) An vielen Orten gehört der Eichbaum dem Gutsherrn. Koppe Niedersächsisches Archiv B. 2. S. 306. Mein Handb. des Landwirthschaftsrecht §. 277. — Nach der Eigenth. Ordn. Kap. 15. §. 11. u. 12. kann der Gutsherr das, ohne seinen Consens gehauene und verkaufte Holz vindiciren; er kann Ersatz fordern, wenn das Blumenholz verhauen ist, und daneben ist die Verhauung desselben ein Grund der Expulsion. Die Eigenth. Ordnung legt dem eigenbehörigen Wehrfester kein nutzbares Eigenthum der Stelle ausdrücklich bei, und die Münstersche Eigenth. Ordn. Th. 1. Tit. 1. §. 1. räumt dem Wehrfester bloß einen Erbnießbrauch ein. M. s. Pract. Erörter. II. 34.

5) Stosch Bestimmung einiger Wörter der deutschen Sprache S. 113.

Zubehörungen nicht verbundenen unnützen, und überflüssigen, folglich unnöthigen Zwecken, das auf dem Colonat befindliche Blumenholz hinwegnehmen, und fällen zu lassen.

Das Gesetz spricht ausdrücklich nur von einem Stück Holz, oder Baume. Man darf sich daher keine extensive Erklärung dieser Gesetzstelle erlauben, und mithin dem Gutsherrn — ohne Beweis eines besondern Herkommens — nicht gestatten, mehr als einen Baum auszuzeichnen, und zu hauen. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde die Grenze schwer zu finden, und erst da anzutreffen seyn, wo das eigne Bedürfniß des Eigenbehörigen anhebt. Dadurch würden aber die Eigenbehörigen unstreitig, wider die Absicht des Gesetzes, in mancherlei Rücksichten, und sonderlich an der Mastung, Eichellese, Abfallholz u. s. f. Schaden und Nachtheil erleiden. Uebrigens liegt das Wahlrecht der Gutsherren, unter mehrern, zum jedesmaligen Bauzweck tauglichen Bäumen, in der Natur der Befugniß derselben, und kann daher von den Colonen nicht bestritten werden. Nach den angeführten Principien erkannte das O. A. Gericht, am 6ten Novemb. 1818, in Sachen Rottmann und Cons. zu Darpvenne, Amts Hunteburg, w. die provisor. Commission der alten Osnabrückschen Domainen, auf folgende Weise: Alldieweil Beklagter zum Zweck der gesetzlichen Anwendung der Eigenthums-Ordnung Kap. 15. §. 12. den Beweis eines besondern Herkommens zu führen überall nicht verpflichtet seyn kann, auch dabei die den Appellanten etwa zustehende Eigenschaft von personenfreien Hausgenossen in keinem Betracht kommen mag; sodann aber der in dem angezogenen §. 12. gebrauchte Ausdruck: dafern auch ꝛc. nöthig hat, nur dahin zu deuten ist: daß der von dem Gutsherrn beabsichtigte Bau an und für sich nöthig seyn müsse; dahingegen der Ausdruck: ein Stück

Holz, schon nach dem Wortsinne von einem Baum zu verstehen, und um so mehr einschränkend zu erklären ist, als aus den Anlagen der Exceptionsschrift hervorgeht, daß im Jahr 1746, ungeachtet zur Reparatur der Hunteburger Mühle ein größeres Bauholzbedürfniß, und bei dem Colono Holtkamp zu Venne eine Menge guten Holzes vorhanden gewesen, dennoch bei keinem der Wehrfester mehr, wie ein Stück Holz gutsherrl. Seits gehauen ist. Wenn nun auch überdem es dem Sinne der Eigenthumsordnung Kap. 15 §. 11 und 12. als angemessen erscheint, und es vom Appellaten selbst zugestanden worden, daß der Gutsherr das Bedürfniß des eigenbehörigen Hofes nicht beeinträchtigen dürfe, solchergestalt aber die, ab Seiten der Kläger auf eine solche Beeinträchtigung in der Klage gerichtete Behauptung zum Beweise zu verstellen ist, anerwogen, das im Falle des eignen Bedürfnisses des Wehrfesters, die Ausübung des gutsherrlichen, allemal auf die Fällung eines Baums zur Zeit zu beschränkenden Rechts, zur Ausübung rechtlich nicht geeigenschaftet erscheint: Als ist die bei Unserer Justizcanzlei zu Osnabrück am 10ten Febr. 1815, eröffnete Sentenz in so fern selbige die Ausübung des in Rede stehenden gutsherrlichen Rechts nicht davon abhängig seyn läßt: daß der Gutsherr auf eignen Gründen selbst kein Holz haben müsse, zwar zu bestätigen; im Uebrigen aber dahin abzuändern, daß Beklagter und Appellat das Fällungsrecht, zur Zeit, auf einen Baum zu beschränken, und dabei eine jede Beeinträchtigung des eignen Bedürfnisses der Kläger und Appellanten allezeit zu vermeiden, so wie auch die Appellanten wegen der in Rede stehenden, im Jahr 1814 verfügten Holzfällung, in so weit solche sothanes Maaß überschreitet, zu entschädigen verbunden. Würden nun Appellanten — mit Vorbehalt des Gegenbeweises zu Recht erweisen: daß im

Jahr

Jahr 1814 auf den praediis der Appellanten der Bestand der Gebäude und des Stammholzes von der Beschaffenheit gewesen, daß die von Seiten des Appellaten Behuf Baues der Hunteburger Mühle derozeit auf den praediis der Appellanten für das eigne Bedürfniß derselben dergestalt unentbehrlich gewesen, daß ohne Schmälerung dieses Bedürfnisses — wobei gleichwohl künftige Unglücksfälle, als ungewisse Ereignisse, nicht in Betracht zu ziehen sind — einem jeden der Appellanten auch nicht ein Baum habe entzogen werden können, so erginge weiter was Recht ist. Es soll auch nach Beibringung dieses Beweises, wegen Liquidation der von Seiten des Appellaten zu leistenden Entschädigung weitere rechtliche Verfügung erfolgen.

XXXII. Erörterung.

Von der Erbfolge des überlebenden Ehegatten im Amte Zeven, Herzogthums Bremen.

Die beschränkte römische Intestaterbfolge der Ehegatten[1]) ist in vielen Landesgesetzen, Statuten, oder durch besondere, in einzelnen Aemtern, Städten, Flecken und Ortschaften geltende Gewohnheitsrechte abgeändert und erweitert[2]). Das Daseyn eines solchen Gewohnheitsrechts muß aber im Ableugnungsfalle nach den Regeln, die von dem Beweise einer rechtlichen Gewohnheit gelten[3]), dargethan werden. Die statutarische Erbfolge der Ehegatten ist meistens eine Folge der fortwährenden, oder in frühern Zeiten statt gefundenen ehelichen Gütergemeinschaft[4]); aber die durch Gewohnheit und Herkommen unter den Eheleuten eingeführte gegenseitige Succession beruhet nicht immer auf diesem Grunde[5]). Daher kann an vielen Orten die Ehefrau im Concurse ihres Mannes den Braut-

1) Pract. Erörter. VI. 88.

2) Runde deutsch. Privatr. § 688.

3) Glück Commentar §. 87.

4) Meine Anmerkungen zum Zellischen Stadtrechte S. 134 ff. Von der statutarischen Erbfolge der Ehegatten in den verschiedenen Provinzen des Königreichs s. m. a Pufendorf I. 86. von Ramdohr Erfahrungen B. 1. S. 613.

5) Struben rechtl. Bedenk. I. 46.

schatz zurückfordern, ob gleich zwischen Mann und Frau die Intestaterbfolge auf den kinderlosen Fall, oder mit demselben zugleich, nach gewissen Antheilen, statt findet [6]). Ist die Erbfolge unter den Ehegatten, bei ermangelnder ehelichen Descendenz, durch Gesetz, Statut oder Gewohnheitsrecht eingeführt, so umfaßt sie der Regel nach alle nachgelaßne Güter des erstverstorbenen Gatten, worüber er zu disponiren befugt war, und mithin auch die Meier-Erbenzins-, oder sonstigen Colonatgüter; denn der Gutsherr hat nur über die Tüchtigkeit des Colonen, aber nicht über dessen Beerbungsrecht zu urtheilen und zu entscheiden [7]),

In einigen Provinzen [8]), Aemtern und Ortschaften [9]) unsers Landes findet nach Gewohnheitsrechten — auf den Grund der bekannten Parömien: Längst Leib, längst Gut [10]); der letzte macht die Thür zu — die wechselseitige Erbfolge der Ehegatten, mit Ausschluß der Ascendenten und Collateralen des erstverstorbenen statt, wenn weder in einer Ehestiftung, noch durch Testament die Erbfolge regulirt, und die Ehe kinderlos geblieben ist,

6) von Ramdohr a. a. O. B. 1. S. 514 f.

7) von Ramdohr a. a. O. B. 3. S. 163. u. 182 ff. Runde a. a. O. und insonderheit Schröter jurist. Abhandl. B. 2. S. 103 ff.

8) Z. B. in der Grafschaft Hoya. v. Ramdohr a. a. O. B. 1. S. 612. a Pufendorf I. 86. §. 1. II. 65. §. 3. Schröter a. a. O. Struben a. a. O. und im Tr. de jure vill. p. 309.

9) Pract. Erörter. I. 61.

10) a Pufendorf III. 118. Knorre rechtliche Anmerkungen S. 83. f.

oder die Kinder, ohne Descendenz, vor ihren Eltern verstorben sind. Unter diesen Beschränkungen ist auch im Amte Zeven, Herzogthums Bremen, wie in dem benachbarten Amte Ottersberg[11]) die Succession der Ehegatten durch Gewohnheitsrecht eingeführt, dasselbe durch richterliche Entscheidungen bestätigt, und noch neuerlich nach demselben vom Hofgericht zu Stade, am 30sten Sept. 1816, in Sachen Johann Müller und Cons. zu Brüttendorf, wider Heinrich Ritschen zu Weerzen, wegen Nachlasses, erkannt und dies Erkenntniß vom O. A. Gericht am 5ten Nov. 1818 bestätigt worden.

11) Pract. Erörter. a. a. O.

XXXIII. Erörterung.

Ueber den Ausdruck: Interessenten.

Unter dem Ausdrucke: Interessent versteht man im Allgemeinen einen Genossen irgend einer Sache, oder eines Gegenstandes. Beruhet die Genossenschaft auf dem Eigenthume, das den Genossen pro diviso oder indiviso zusteht — res communis —, so sind sie Miteigenthümer z. B. eines Gehölzes, Zehnten u. s. w. Gebührt das Eigenthum nicht einzelnen Individuen, sondern einer Gemeinheit, die Benutzung aber den einzelnen Gliedern dieser Gemeinheit, nach gewissen Verhältnissen — res universitatis — so werden die Genossen, nach einem üblichen Ausdrucke, Gemeinheits-Interessenten genannt. Diese Bezeichnung ist aber nicht adäquat; denn es können einzelne, oder ganze Gemeinden, in einer Mark, Holzung, Mooren u. s. w. iure servitutis interessirt, also Weide- Holz-Interessenten, aber keine Genossen, d. h. keine Miteigenthümer seyn [1]).

1) Erörterung n. 44. N. 1.

XXXIV. Erörterung.

Von den öffentlichen Strafen, und Privatansprüchen, welchen Procuratoren und Advocaten sich aussetzen, welche vor Gericht unanständig reden, oder schreiben, verunglimpfen und injuriiren.

Unsere Proceßordnungen gebieten allen Procuratoren und Advocaten, in ihren gerichtlichen Reden und Schriften aller hitzigen, unziemlichen, und anzüglichen Worte [1]); aller ungebührlichen Schmähungen, die nur zur Erbitterung gereichen [2]); aller Hohlhippereien, des Scoptisirens, ehrenrühriger Antastungen, oder unglimpflicher Anstechungen, wider die Gegenparthei, oder deren Anwälde [3]), und aller ehrenrührigen, oder anzüglichen Expressionen und Anzapfungen gegen dieselben [4]) u. s. w. sich zu enthalten. In dem Eide [5]) selbst müssen sie angeloben, in ihren Schriften der **Bescheidenheit** und **Ehrbarkeit** sich zu befleißi-

1) Calenb. Canzl. Ordn. Tit. 4. §. 11. Cell. Canzl. Ordn. Art. 44.

2) Calenb. Hofg. Ordn. Tit. 7.

3) Cell. Hofg. Ordn. Tit. 7. §. 9.

4) O. A. Ger. Ordn. Th. 1. Tit. 5. §. 6.

5) O. A. Ger. Ordn. Th. 1. Tit. 9. Calenb. Canz. Ordn. Nr. 9. n. 2. Calenb. Hofg. Ordn. Tit. 17.

gen. Daraus folgt die Verbindlichkeit derselben, selbst unangenehme Dinge und Wahrheiten, welche die Nothwendigkeit, oder Nützlichkeit der Sache gegen den Richter, die Zeugen, den Gegner, oder andere Personen zu sagen gebietet, mit schonender Rücksicht, und in gemäßigten Ausdrücken vorzutragen. Für Wahrheit und Recht, und zur Beförderung der Justiz mit Freimüthigkeit vor Gericht zu reden, oder zu schreiben, ist gut und löblich; aber Vorwürfe oder Beschuldigungen, die ihrer Natur nach empfindlich sind, wenn sie gleich zur Sache gehören, und nothwendig vorgetragen werden müssen, aus Haß, Feindschaft, Rachsucht, oder andern unlautern Leidenschaften, durch Spöttereien, satyrische Ausfälle, bittere Bemerkungen oder gar Grobheiten, noch drückender und kränkender zu machen, läuft nicht nur gegen die dem Richter schuldige Ehrerbietung, sondern verstößt auch wider die Rechtlichkeit und Schonung, welche jeder Advocat seinem Gegner und dessen Sachführer schuldig ist, und verdient daher hohen Tadel und Ahndung [6]). Sehr oft versetzt der Rechtsstreit Partheien und Advocaten in eine reizbare Gemüthsstimmung; die es veranlaßt, in eine harte, hämische, spöttische und bittere Art des Ausdrucks, wenn auch nicht in wahre Injurien, auszuschweifen. Nie sollten von den Gerichten dergleichen erbitternde Anzüglichkeiten, Witzeleien u. s. w. in gerichtlichen Vorträgen übersehen und ungeahndet gelassen werden [7]).

Die Strafen, welche die Proceßordnungen auf dergleichen begangene Ungebührlichkeiten den Advocaten oder

6) Martin Lehrb. des Processes §. 72.

7) Weber über Injurien, Abth. 3. §. 20. S. 138. f. Leyser Spec. 547. Kirchhof von den Advocaten und ihren Pflichten S. 36.

Procuratoren androhen, bestehen in Rückgabe der Schriften, und Geldbußen [8]), oder sie sind dem richterlichen Ermessen überlassen [9]), und sie können, besonders bei fruchtlos bereits angewendeten gelindern Strafmitteln, und nach Befinden der Umstände und Ungebühr, bis zur Suspension, oder gänzlichen Remotion von der Advocatur-Praxis ausgedehnt werden. Hin und wieder wird auch deßhalb auf das gemeine Recht ausdrücklich verwiesen [10]).

Der Inhalt der angeführten Proceßvorschriften zeigt indeß deutlich, daß der Hauptzweck derselben auf die Erhaltung der Richterwürde und des Ansehens der Gerichte, und daneben auf die Beobachtung des Anstandes und der Ordnung in der Form der gerichtlichen Procedur gerichtet ist. Sie sind mithin als eigentliche Censur- Disciplinar- oder gerichtliche Policeigesetze anzusehen, die man als wahre Ehreneinrichtungen des Forums zu betrachten hat, und deren Regeln und Vorschriften nicht verletzt werden dürfen, wenn das Ansehn und die Würde der Gerichte, der Anstand und die Ordnung in der Form des gerichtlichen Verfahrens aufrecht erhalten werden sollen. Aber nicht alles, was in diesen Hinsichten im Gericht nicht zu dulden und strafbar ist, enthält auch darum schon eine wahre Injurie für den Richter, die Zeugen, den Gegner und dessen Rechtsbeistände, oder andere Personen. Ueber die

8) Cell. Canzl. Ordn. a. a. O. von Bülow Verfassung des O. A. Gerichts Th. 1. §. 122.

9) Cell. Hofger. Ordn. a. a. O.

10) Namentlich auf L. 6. §. 1. C. de postulando. Calenb. Canzl. Ordn. Calenb. Hofger. Ordn. a. a. O. und O. A. G. Ordn. Th. 1. Tit. 5. §. 6.

die **Privatgenugthuungen** des, oder der Beleidigten, wegen der in gerichtlichen Reden, und schriftlichen Verträgen ihnen zugefügten wirklichen **Ehrenkränkungen**, und **Ehrenverletzungen**, enthalten jene Gesetze gar keine Bestimmungen, und es ist daher dieser Punct den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften von der Injurie überlassen, die dabei anzuwenden sind. Diese Ansicht kann kein Bedenken finden[11]). Nur die **Competenz** des Richters, über die nachgesuchte Privatsatisfaction zu erkennen, hat hin und wieder Zweifel erregt. **Weber**[12]) vertheidigt die **ausschließende** Zuständigkeit des Gerichts, vor welchem die Injurie mündlich oder schriftlich geschehen ist, ob connexitatem causae. Andere glauben, daß es dem Beleidigten freistehe, mit Uebergehung des fori connexitatis, den Beleidiger in seinem ordentlichen Gerichtsstande mit der Injurienklage zu verfolgen; weil das forum domicilii mit den speciellen foris — wenige Fälle ausgenommen[13]) — electivisch concurrire. Die erstere Meinung verdient jedoch den Vorzug. Die Privatklage des Beleidigten steht in einer nicht zu bezweifelnden Verbindung mit den Verhandlungen über das Hauptstreitobject; sie connectirt selbst materiell[14]) mit der öffentlichen Disciplinar-Bestrafung des Injurianten, die nur dem Richter zusteht, vor welchem sie begangen ist. Der Richter des Wohnorts des Beklagten ist aber gewöhnlich ein sub- oder doch coordinirter Richter des erstern, der über Injurien, oder ehrverletzende Angriffe, die vor einem andern Richter began-

11) M. s. **Weber** a. a. O. S. 174. ff.

12) a. a. O.

13) **Glück** Commentar §. 515.

14) **Martin** a. a. O. §. 28.

gen sind, in Hinsicht auf die verwirkte Censur- und Disciplinarstrafe nicht erkennen kann, wenn der letztere die Beleidigungen, Unanständigkeiten, Invectiven, oder ehrenrührigen Antastungen des Gegners oder seines Vertheidigers etwa übersehn, oder ungerügt gelassen haben sollte. Ueberhaupt aber kann das Gericht, vor welchem die Injurie in gerichtlichen Reden oder Schriften begangen ist, über die deßhalb zu erhebende, oder erhobene Privatklage besser, vollständiger, sicherer, und mit einem geringern Zeit- und Kostenaufwande urtheilen, als der Richter des Domicils des Beklagten; weil jenes die vollständigen Acten besitzt, und vor sich hat. Das Oberappellationsgericht zog diese Gründe am 12ten Nov. 1818, in Sachen von Mengershausen w. Müller, in besondere Erwägung.

XXXV. Erörterung.

Von dem Erbfolgerechte nach den Stader Statuten.

Nach den Statuten der Stadt Stade, vom Jahr 1279 [1]), welche fortwährend in allen Stücken, wo nicht etwa ein erweislicher Nicht- oder entgegensetzter Gebrauch, oder völlig veränderte Sachverhältnisse entgegen stehn, gesetzliche Kraft haben, ist über die Bestimmung und Entscheidung nachstehender Fragen nicht selten gerichtlich gestritten: ob es verboten ist, über Erbgut durch einseitige Willensverordnungen zu verfügen, und ob eine solche Disposition nicht wenigstens dann erlaubt ist, wenn sie zum Vortheil eines, zur Intestaterbfolge berechtigten Familiengliedes geschahe; ob nach dem Inhalte der Statuten zum Erbgute nur das Vermögen gerechnet werden muß, was von dem gemeinschaftlichen Stammvater eines Erblassers, und der Erbprätendenten vererbet ist, oder auch diejenigen Güter, welche von einem Seitenverwandten einmal in der Familie vererbet worden sind; ob dasjenige Vermögen, welches der Vater erst erworben, und auf eins seiner Kinder durch Schenkung, oder Testament gebracht hat, als Erbgut zu betrachten ist, oder nicht; ob

1) H. G. Hülsemann disp. Observationes ad Statuta Stadensia de anno MCCLXXIX. continens. Gött. 1820. 4.

sich das Erbgut lediglich auf das Immobiliarvermögen beschränkt, oder auch auf die Mobilien und Moventien erstreckt; ob das Statut nur die innerhalb des Weichbildes — unter der Gerichtsbarkeit des Magistrats belegenen — Güter betrift, oder ob es auch auf die außer demselben befindlichen Grundstücke sich erstreckt; ob die statutarische Erbportion des Ehemanns bloß von dem, von der Ehefrau bei Eingehung der Ehe inferirten, oder auch von dem derselben, während der Ehe, angefallnen Vermögen gerechnet werden muß?

Ueber diese Fragen entschied das höchste Tribunal in einem, zwischen der Wittwe Adami geb. Schulz, wider den Holzhändler Schulz zu Stade, in pto. Erbschaft, geführten und an das höchste Gericht gebrachten Rechtsstreite, am 20sten Februar 1816, auf folgende Weise: Die Hauptsache selbst betreffend: Wenn gleich die angestellte Klage, so weit sie auf Annullation des von dem Appellaten mit seiner verstorbenen Ehefrau, Marie Schulz, am 16ten Mai 1795 aufgerichteten testamenti reciproci, und auf die Ausantwortung und Theilung des gesammten von jener hinterlaßnen Vermögens, in specie auch aller und jeder illatorum gerichtet ist, für rechtlich begründet nicht zu achten; angesehn die in den unstreitig gültigen Stader Statuten zu Gunsten der Intestaterben enthaltenen Beschränkungen der freien testamentarischen Disposition dortiger Eheleute nicht ihr sämmtliches Vermögen, sondern nur einen bestimmten Theil desselben betreffen, und über das in der Ehe oder sonst gewonnene Vermögen nach Gefallen von ihnen disponirt werden mag. Nachdem jedoch nach bestimmter Vorschrift des §. 4. im ersten, des §. 9. im zweiten, und des §. 2. im dritten Stück der Statuten, ohne der Intestaterben Erlaubniß, willkührliche Dispositionen, es sey unter den

Lebendigen oder auf den Todesfall, über Erbgut, durchaus untersagt sind; daher denn die Erblasserinn nicht befugt gewesen, dem Appellanten, als Mitintestaterben des Appellaten, das an dem Erbgute competirende Miterbfolgerecht, durch andere letztwillige Verfügungen zu entziehen: Als wird der Appellanten Anspruch, in so fern er die Ausantwortung ihrer gesetzlichen Erbtheile an der benannten Gattung des Nachlasses bezielt, für wohl fundirt erkannt. Gleichwie jedoch in Zusammenhaltung der Statuten mit der Partheien Anführungen und Geständnissen der Begriff des hier streitigen Erbguts nur auf die der Erblasserin vor und während der Ehe ab intestato angefallnen und binnen der Stadt-Gerichtsbarkeit belegenen Immobilien, so wie auf diejenigen liegenden Gründe zu beschränken ist, welche ihr zwar durch Testament zugewendet sind, die ihr jedoch, auch ohne dieses, ab intestato zugefallen seyn würden, mithin darunter auch die von ihrem weil. Vater, Johann Schulz, ererbten Grundstücke in so weit gehören, als solche von diesem bereits als Erbgut besessen sind; daher weder dasjenige, was die Erblasserin an Geschenken und sonst gewonnenem Gute, ererbten Mobilien, oder von ihrem weil. Vater selbst gewonnenen Immobilien, erblich eigen gehabt; noch die, wenn auch durch Erbgang auf sie transferirten, aber außerhalb des stadischen Gerichtszwanges belegenen, Grundstücke einen Gegenstand der Theilung ausmachen; so ist Appellat, Behuf Darlegung des eigentlichen Bestandes des vorbeschriebenen unter dem Nachlasse seiner weil. Ehefrau, Marie Schulz, befindlichen Erbguts, in proxima von allen ein vollständiges demnächst eidlich zu bekräftigendes, inventarium aufzustellen schuldig, und facta liquidatione sodann verbunden, dem Appellanten, als Mitintestaterben, gleichen

Grades, von diesem Erbgute, und zwar in so fern es ihm zu Anfang, oder während der Ehe, es sey als Dotal- oder Paraphernalgut, inferirt ist, mit Vorabnahme der in computum portionis Statutariae, ihm zu Folge des §. 9. des zweiten Stücks der Statuten gebührenden Hälfte, zwei Dritttheile der andern Hälfte; in so fern es jedoch in die Ehe nicht inferirt ist, zwei Drittheile des Ganzen, sammt den von Zeit der erhobenen Klage davon genoßnen oder zu genießen gewesenen Nutzungen, auszukehren verbunden; wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß der Bestand des Erbguts nur in der Maße, als es tempore mortis der Erblasserinn noch actualiter vorhanden gewesen, zu liquidiren ist, auch die Appellanten, qnoad ratas hereditarias, dem Appellaten die erweislich darauf von ihm selbst verwendeten nothwendigen und nützlichen Ausgaben zu vergüten haben. Dahingegen werden Appellanten mit ihrem Anspruche auf die Hälfte des übrigen Eingebrachten, weil die Erblasserinn die, nach dem mehrgedachten §. 9. den Appellanten sonst daran zugestandene Mitintestat-Erbfolge, durch Testament zu entziehen wohl befugt gewesen, ab und zur Ruhe verwiesen. Uebrigens soll, nach beschrittener Rechtskraft dieses Erkenntnisses, wegen Anordnung einer Commission, Behuf der unter den Partheien zuzulegenden Liquidation, in Entstehung außergerichtlicher Vereinigung, auf des einen oder andern Theils anrufen, weiter Verfügung ergehn. Das wider dies Urtheil ergriffne Rechtsmittel der Restitution ist unerledigt geblieben, weil sich die Partheien im Laufe desselben verglichen.

XXXVI. Erörterung.

Im Zweifel vermuthet man eher für eine bloße Anweisung, als Cession; Verbindlichkeit des Angewiesenen.

Sehr häufig berechtigt ein Schuldner seinen Gläubiger die Forderung, welche er an einen dritten hat, einzuziehen und sich dadurch bezahlt zu machen. Aber zuweilen ist die, wegen dieses Rechtsgeschäfts ausgestellte Urkunde so zweifelhaft und unbestimmt abgefaßt, daß es ungewiß bleibt, ob die Contrahenten eine wirkliche Cession, oder nur eine simple Anweisung beabsichtigt haben. Im Zweifel ist die Vermuthung allezeit für die letztere zu fassen [1]); denn durch eine wirkliche Cession geht bekanntlich Eigenthum und Gefahr auf den Cessionar über, und eine solche Uebertragung der Forderung kann man nur dann annehmen, wenn sie unter den Interessenten bestimmt ausgesprochen ist, oder die Absicht derselben, cediren und nicht bloß anweisen zu wollen, erwiesen werden kann. Nach dieser Meinung erkannte auch das höchste Tribunal am 13ten Febr. 1806 in Sachen Kahne w. Soller.

Bekannten Rechten nach enthält die bloße Anweisung keine Zahlung. Bei diesem Geschäfte liegt ein

1) Geiger und Glück Rechtsfälle Bd. 3. S. 147.

reines Mandat zum Grunde. Der Assignatar ist daher nicht verpflichtet, den angewiesenen Schuldner in gerichtlichen Anspruch zu nehmen [2]); aber das übernommene Mandat der Eincassirung begründet allerdings seine Verpflichtung, den Assignaten zur Zahlung aufzufordern, und nachzuweisen, daß derselbe nicht zahlen will, oder nicht zahlen kann, ehe er berechtigt wird, gegen den Assignanten selbst auf die Bezahlung der Schuld, und den Ersatz der etwa gehabten Schäden und Kosten zu klagen. Hiernach erkannte das Oberappellationsgericht im Nov. 1818 in Sachen Meier Joseph w. Heinze.

2) Von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 49.

XXXVII. Erörterung.

Die Dienstherrschaft darf ihre Domestiken weder züchtigen, noch mit Schimpf- und Schmähworten belegen.

Es ist eine alte Streitfrage: ob die Dienstherrschaft, besonders der Dienstherr, die Befugniß hat, einen Dienstboten, der ungehorsam, impertinent, widerspenstig, oder nachlässig ist, mäßig zu züchtigen [1])? Weder in der häuslichen Strafgewalt, noch in dem Dienstvertrage ist ein solches Recht begründet. Es ist unerlaubt, sich selbst Recht zu verschaffen, wo man des Richters und der Obrigkeit Hülfe anrufen kann, und überhaupt ist es weder der Sittlichkeit, noch Klugheit gemäß, das freie Dienstgesinde zu schlagen, (wobei so leicht Excesse eintreten können) oder mit kränkenden Schimpf- und Schmähworten zu belegen [2]). Die K. Justiz-Canzlei zu Celle erkannte da-

1) Dorn Gesinderecht §. 112 ff.

2) Nach der Hannöverschen Dienstbotenordnung, vom 28sten März 1732 §. 1, soll das Gesinde, welches sich respectwidrig gegen die Dienstherrschaft beträgt, mit Gefängnißstrafe belegt werden.

her, am 22sten Nov. 1819, in Sachen Schulze w. Mohrmann: Nachdem einem Dienstherrn keineswegs das Recht zusteht, seinen Dienstboten, wegen ungebührlichen und insolenten Betragens, mit Umgehung der dawider nachzusuchenden richterlichen Hülfe, durch wirkliches Handanlegen, oder Schimpfworte zu coerciren; dann aber der Beklagte zugesteht, den Kläger geschimpft und sich thätlich an ihm vergriffen zu haben; so wird derselbe, wegen dieser Ungebühr, zu einer fiscalischen Geldbuße von 5 Rthlr. hierdurch condemnirt u. s. w.

XXXVIII. Erörterung.

Vormünder der Minderjährigen. Entlassung aus der väterlichen Gewalt. Verträge der Minorennen.

1.

Der Grundsatz des römischen Rechts: wer einen Vater hat, dem wird kein Vormund gegeben, entspricht ganz der Natur der Sache, und den bestehenden Familienverhältnissen. Dem Vater liegt vor Allem die natürliche Verbindlichkeit ob, für das Wohl seiner Kinder, in Beziehung auf ihre Person und Güter zu sorgen, und in beiden Hinsichten für das Glück und Beste derselben zu wachen. Der Staat, und die Richter dürfen sich ohne Noth, und dringende Gründe in keine Familienverhältnisse einmischen, und daher tritt die Vorsorge derselben, für Unmündige und Minderjährige, erst dann ein, wenn der Vater verstorben, oder aus andern Ursachen, z. B. wegen völliger Geistes- und Gemüthsschwäche, bürgerlichen Todes, Verschollenheit u. s. w. selbst außer Stande ist, die Erziehungspflicht und Vermögensverwal-

tung zu übernehmen. Damit stimmen auch die Gesetze [1]) des vormaligen deutschen Reichs völlig überein, welche die Bevormundung ebenfalls auf die erwähnten Fälle beschränken. Ein aus der väterlichen Gewalt entlassener minorenner Sohn, eine sich verheirathete minderjährige Tochter erhalten daher in der Regel keinen obrigkeitlich bestellten Vormund. Hat der erstere, mit des Vaters Einwilligung, ein eignes Gewerbe, und überhaupt einen besondern Hausstand etablirt, so entsagt hierdurch der Vater seinen Rechten als natürlicher Vormund, indem jene, mit der Ausübung der letztern, in ihren vollen Umfange, nicht würden bestehn können. Durch die Entlassung aus der väterlichen Gewalt, vermöge eigner Gewerbsführung und separirter Oeconomie, wird nach deutschen [2]) Rechten der minderjährige Sohn ein selbstständiges Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft*), und in Hinsicht auf das römische Recht ist er als ein solcher Minderjähriger zu betrachten,

1) Reichs-Policeiordnung v. J. 1548. Tit. 31. §. 1. 2. und 3. und v. J. 1577 Tit. 32. §. 1. 2. 3. verbis: „Da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten nicht verordnet." Hierauf beziehen sich die vorangehenden Worte: „daß den Pupillen und Minderjährigen jederzeit Vormünder und Vorsteher — gegeben werden sollen. Diese Stelle redet daher nur von solchen Unmündigen und Minorennen, deren Vater verstorben ist, oder sonst die väterliche Gewalt nicht ausüben kann. Vergl. Nro. 126 d. Bds. Davon scheint auch nur die, im §. 4. der Verordnung vom 29sten Octob. 1822 — Gesetz-Sammlung v. J. 1822 Nro. 41. — befindliche Decision zu reden.

2) Runde deutsches Privatrecht §. 620.

*) Albrecht Entscheidungen merkw. Rechtsfälle B. 1. S. 155.

der keinen Curator hatte. Die Regel: jeder Minderjährige muß einen Vormund haben, leidet daher bei minorennen Kindern, welche auf solche Weise aus der väterlichen Gewalt entlassen sind, eine Ausnahme; sie können vor Gericht auftreten; vertragsmäßige Verbindlichkeiten eingehn, und sind solche, wo die Gesetze nicht eine besondere Ausnahme machen [3]), zu erfüllen verpflichtet, wenn gleich die väterliche Einwilligung dabei ermangelt. Auf den Mangel der letztern, selbst auf den erklärten dissensum des Vaters, kann sich der Sohn um so weniger berufen, einen geschloßnen Contract, der ihm vielleicht späterhin nicht convenirt, als null und nichtig anzufechten, da ihn der Vater, durch die gestattete eigne Oeconomie und Gewerbsführung, selbst öffentlich für fähig erklärt hat, selbstständig zu handeln, und sein Vermögen zu verwalten.

2.

Die Rechte der väterlichen Gewalt sind indeß von den Rechten des minderjährigen Alters verschieden, und beide nicht durchaus von einander abhängig. Der Vater kann jene, durch Entlassung der Kinder aus derselben, aufgeben und damit zugleich die Vortheile aufopfern, welche sie ihm gesetzlich gewährt. Aber über die Rechte und Rechtswohlthaten, welche die Gesetze überhaupt dem minderjährigen Alter beilegen, hat der Vater keine Disposi-

3) z. B. Bei Veräußerungen, oder Verpfändungen ihrer unbeweglichen Güter sind sie ebenfalls an die obrigkeitliche Einwilligung gebunden. L. 3. C. de his, qui veniam aetatis impetraverunt, verbis: ut similis sit in ea parte conditio MINORUM OMNIUM. M. s. auch L. 7. §. 1. L. 11. §. fin. D. de minor. Cocceji ius controv. Lib. 2. Tit. 14. qu. 31.

tionsbefugniß, und er kann mithin denselben, zum Nachtheil seiner minorennen Kinder, gültig nicht entsagen [4]). Das römische Recht macht auch keinen Unterschied zwischen Minderjährigen, die sui iuris sind, und denen, die in väterlicher Gewalt stehn [5]). Unstreitig können daher auch die, aus der Vaters Gewalt entlaßnen minderjährigen Kinder, auf die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Anspruch machen, wenn sie eine Contractsverbindlichkeit auf sich genommen haben, wodurch sie einigermaßen erheblich verletzt sind [6]). Die von einigen Rechtslehrern [7]) aufgestellte entgegengesetzte Behauptung ist nicht gegründet. Nur in Beziehung auf solche Verträge und übernommene Verbindlichkeiten, welche mit dem Gewerbe, der Profession, Kunst u. s. w. in Verbindung stehen, die ein etablirter Minderjähriger im abgesonderten Haushalt, unter öffentlicher Autorität ausübt, fällt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn

4) Böhmer de statu liberor. sui juris factorum §. 11. in Exercit. ad Pandect. Tom. 1. p. 913.

5) L. 1. §. 1. L. 3. §. 4. D. de minoribus.

6) L. 3. C. de in integr. restit. minor. Mehrere angesehene Rechtslehrer behaupten, daß nach deutschen Gesetzen alle, ohne vormundschaftliche Genehmigung geschlossene Verträge der Minderjährigen ipso iure null und nichtig wären. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 72 und 73. Glück im Commentar §. 288. von Berg Rechtsfälle III. 27. M. s. aber dagegen den Aufsatz: über die Fähigkeit der Minderjährigen, sich verbindlich zu machen, in meinem und Günthers Archiv für die Rechtsgelehrs. Th. 6. n. 1.

7) Berger Oecon. jur. Lib. 1. Tit. 4. §. 11. n. 2. Meier Coll. Argent. Tom. 1. th. 63.

derselbe auch wirklich bei der übernommnen Verbindlichkeit Nachtheil erlitten haben, und erheblich verletzt seyn sollte, hinweg [8]). Das Königl. O. A. Gericht erkannte, am 5ten Jul. 1803, in Sachen des Kaufmanns von der Heide zu Hameln, wider den Knochenhauer-Amtsmeister Schneemann zu Hannover, pto. emtivenditi, auf nachstehende Weise: Wenn gleich nach Vorschrift der Reichsgesetze den Minderjährigen Vormünder gegeben werden sollen, auch die Contracte der, mit gerichtlich bestellten Curatoren versehenen Minorennen, ohne der erstern Beitritt und Zustimmung, von selbst null und nichtig seyn möchten; Nachdem jedoch die Vorschrift der Reichsgesetze nur von solchen minderjährigen Personen redet, und davon erklärt werden mag, deren Vater entweder verstorben, oder sonst unfähig ist, die Aufsicht über seine Kinder selbst zu führen, und deren Vermögen zu verwalten; mithin auf solche Minderjährige überall nicht ausgedehnt werden kann, deren Vater noch lebt, und im Stande ist, für die Erziehung und Vermögensverwaltung derselben die erforderliche Sorgfalt zu tragen; Hiernächst aber der Appellat, da er während der Minorennität, mit Einwilligung seines Vaters, eine eigne Haushalts- und Gewerbsführung eingerichtet, von dem letztern selbst für fähig gehalten worden, sein etwaniges Vermögen zu verwalten, und sich und den Seinigen durch eigne Gewerbseinrichtung den erforderlichen Unterhalt zu verschaffen, hierdurch aber der natürlichen Vormundschaft seines Vaters entledigt; mithin gemeinen Rechten nach allerdings sowohl befugt gewesen ist, ohne Beitritt und Genehmigung seines Vaters, oder eines besonders zu bestellenden Curators, sich durch Verträge, die keine eigentliche Veräußerung seiner unbeweglichen Güter bezielen, andern verbindlich zu

8) **Weber** a. a. O. §. 64. Note 7.

machen, als auch schuldig, die übernommenen vertragsmäßigen Verbindlichkeiten zu erfüllen, der geschloßne Hauskaufcontract also an und für sich als rechtsgültig zu betrachten ist und dem Appellaten, da durch dessen Entlassung aus der väterlichen Gewalt, und eigne eingerichtete Haushalts und Gewerbsführung das allen Minderjährigen zu Gute kommende beneficium restitut. in integrum, weder aufgehoben, noch verloren wird, im Falle einer aus diesem Geschäft selbst entstandenen erweislichen Läsion, bloßerdigs eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen mag, daß daher übel gesprochen und wohl appellirt, mithin unter Aufhebung des Erkenntnisses vom 27sten Jun. 1801 das Urtheil des Gerichtsschulzen-Amts zu Hannover vom 25sten Septemb. 1800 — wieder herzustellen sey.

XXXIX. Erörterung.

Von der Erbfolge in die freien, aber schatz- und reihepflichtigen Höfe, nach den Rechten des Fürstenthums Osnabrück.

Zur Erläuterung der Verordnung vom 28sten April 1797.

Die Staats- Gutsherrlichen- und Reihelasten, welche auf dem ganzen Complexe, und nicht auf den einzelnen Pertinenzen der Bauerhöfe haften, haben veranlaßt, daß so wohl die Natural- als Civiltheilung derselben unzulässig, und untersagt ist[1]). Beide Arten der Gleichtheilung unter mehrern Kindern und Erben würden dem Hofsannehmer — Wirth, Wehrfester — es unmöglich machen, die auf dem Hofe ruhenden öffentlichen, gutsherrlichen und Reihelasten vollständig zu tragen, und abzuleisten. Immer kann daher unter mehrern gleich nahen Erben nur einer den Hof oder die Stelle, als Wirth, unter Abfindung seiner Geschwister, erhalten und der Vorzug desjenigen, dem bei eröffneter Succession der Hof gebührt, wird das Anerbrecht, und der Successor der Anerbe genannt[2]). Ob aber die Eltern, insonderheit der Vater allein, oder mit Concurrenz des Gutsherrn, oder nur der letztere ohne Mitwirkung des Vaters,

1) Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 272.

2) Runde von der Interimswirthschaft §. 2. ff.

den Anerben ernennen und wählen; ob der Vater oder Gutsherr den gesetzlichen, an sich persönlich tüchtigen, Anerben übergehn könne, oder nicht; ob die Töchter, wie es meistens der Fall ist, den Söhnen bei der Erbfolge in den Hof nachstehn müssen; ob unter den Kindern das Aelteste, oder Jüngste den Vorzug hat? u. s. w. — Alles dies hängt von Provincialgesetzen, und in deren Ermangelung, von dem allgemeinen Landes-, oder dem besondern Herkommen eines Amts, Kirchspiels, oder einzelnen Dorfschaft ab [3]).

Dieses ausschließliche Successionsrecht des Anerben wird aber erst wirksam, wenn der Hofsbesitzer verstirbt, oder die Wirthschaft abtritt und übergiebt; und mithin kann der Anerbe nicht früher als wirklicher Wirth und Wehrfester betrachtet werden, bis er den Hof, die Stelle, Stäte, angenommen; die Anerbin aber denselben mit einem zum Colono tüchtigen Manne befreiet und besetzt hat [4]). Stirbt der Anerbe oder die Anerbin früher, so geht das Successions- oder Anerbenrecht auf dasjenige Kind über, welches Anerbe gewesen seyn würde, wenn jene nicht existirt hätten. Eine Anomalie und Ausnahme von der Regel wird es daher allezeit seyn, wenn die Kinder des Anerben, der den Hof selbst noch nicht angenommen und bewirthschaftet hat, bei dessen frühern Absterben, ein Vorzugsrecht in der Erbfolge vor den übrigen Kindern des Coloni haben, mithin ihres Vaters oder Mutter Brüder und Schwestern von der Succession im Hofe ausschließen sollten [5]).

3) Runde deutsches Privatrecht §. 520 a.

4) Pract. Erörter. V. 43. Entwurf der Meierordnung für das Fürstenth. Lüneburg cap. 12. §. 17.

5) Pract. Erört. a. a. O.

Die Unanwendbarkeit der römischen Intestaterbfolge bei Bauergütern, die in Colonatnexus stehn, mithin dem Gesetz der Untheilbarkeit, so wie deren Besitzer gewissen Beschränkungen ihrer persönlichen Freiheit unterworfen sind, läßt sich indeß auf solche Güter und Höfe nicht ausdehnen, die sich in keiner gutsherrlichen Abhängigkeit befinden, und daneben von den gewöhnlichen bäuerlichen Lasten — Grundzinsen, Frohn- und Reihedienſten — befreiet; mithin freie, der Disposition ihres Besitzers überlaßne Erbgüter sind [6]). Bei diesen tritt die Erbfolge nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts der Regel nach ein [7]), wenn nicht etwa durch Provincialgesetze, Verträge, oder nach einem erweislichen Herkommen, die Untheilbarkeit derselben vorgeschrieben oder eingeführt ist. Dieses ist hin und wieder, sonderlich bei solchen Bauergütern und Höfen der Fall, welche sich zwar in keiner gutsherrlichen Dependenz, und in keinen Colonatverhältnissen befinden, aber sonst doch steuer- und reihepflichtig sind. Im Fürstenthum Osnabrück ist durch

6) Mein Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 88.

7) Nicht bei den deutschen Zins- und Erbenzinsgütern, wohl aber bei solchen, die durch Vertrag u. s. w. in eine wahre römische Emphyteusis umgeschaffen und verwandelt sind — Mein Handbuch des Landw. Rechts §. 112 f. — gelangen die Testaments- oder Intestaterben des Emphyteuta, wenn keine besondere Einschränkungen festgesetzt sind, zur Succession, und es findet dabei, wenigstens eine Theilung in Absicht des Werthes derselben — divisio civilis — in der Art statt, daß entweder das Meistgebot in einer, unter den Miterben anzustellenden Licitation, bei gleichem Gebote aber das Loos für den künftigen Besitzer entscheidet, wenn das Emphyteutgut nicht zu einer öffentlichen Subhastation gebracht werden soll. Glück Commentar §. 603. Pract. Erört. v. 52.

ein besonderes Landesgesetz [8]) in den freien — von keinem Gutsherrn abhängigen — jedoch schatz- und reihepflichtigen Höfen oder Stäten ausdrücklich ein Anerberecht, oder der Grundsatz bestimmt, daß unter mehrern Kindern eines solchen Wehrfesters nur eins [9]) derselben, gegen Abfindung der übrigen, zur Erbfolge in den Hof gelangen, und Besitzer desselben seyn soll; daß darin bei eröffneter Erbfolge keine Gleichtheilung unter den Kindern statt finden, und insonderheit keines der abgehenden — abzufindenden — Kinder befugt seyn soll, den Anerben zuzumuthen, die Stäte für einen willkührlichen, oder einen solchen Preis zu übernehmen, den die Geschwister dafür zu geben sich erbieten möchten. Der Grund des Gesetzes beruhet wörtlich darauf, daß der Anerbe oder Wehrfester durch Gleichtheilung nicht außer Stand gesetzt werden möge, die sämmtlichen, auf dergleichen Höfen ruhenden öffentlichen Lasten zu tragen.

In einem Rechtshandel ward von der einen Parthei behauptet, daß durch die, in dem angeführten Provincialgesetze untersagte Naturaltheilung der freien, aber schatz- und reihepflichtigen Höfe, die Civiltheilung derselben, unter den Erben, nicht ausgeschlossen; und daß das in der Verordnung festgesetzte Anerbenrecht nur auf die Descendentenerbfolge zu beschränken; aber auf die Succession der Seitenverwandten, und wenn von der Beerbung eines, ohne Descendenz und Disposi-

8) Verordnung vom 28sten April 1797.

9) Die Söhne haben dabei den Vorzug vor den Töchtern. In der Regel succedirt das älteste Kind; nach dem Herkommen in einzelnen Kirchspielen aber auch zuweilen das jüngste. M. s. Klöntrup Handb. V. Anerbe.

tion verstorbenen Geschwisters, dem das Anerbenrecht gebührt, die Frage wäre, nicht auszudehnen sey. Das Oberappellationsgericht hielt indeß dafür, daß die Theilung in Absicht des Werths — divisio civilis — eines solchen Hofs für eben so unzulässig und unerlaubt zu achten wäre, als eine wirkliche Zerstückelung desselben — divisio naturalis[10]) — Und daß das festgesetzte Anerbenrecht, wenn es auch bei der Erbfolge der Seitenverwandten nicht buchstäblich vorgeschrieben, dennoch nach dem ganzen Geiste und Zwecke des Gesetzes, auch auf die Succession der Collateralen auszudehnen, und für anwendbar zu erklären sey[11]). Im December 1818 erkannte daher das höchste Tribunal in Sachen Catharine Nietfeld verehl. Holstein zu Langen, Kirchspiels Badbergen, w. Jürgen Wernsing u. Cons. die Abtretung des Nietfelds praedii betr. auf nachstehende Weise: Alldieweil das, in der Verordnung vom 28sten April 1797 bei der Succession in die freien, jedoch schatz- und reihepflichtigen Stäten in Unserm Fürstenthum Osnabrück bestimmte Anerbenrecht keinesweges bloß auf die Erbfolge der Descendenten beschränkt, vielmehr allgemein verordnet, und nach der Absicht und dem Zwecke des Gesetzes, auch bei der Succession der Seitenverwandten, und wenn von der Beerbung eines, ohne Kinder und Disposition, mithin ab intestato verstorbenen Geschwisters die Rede ist, allerdings ebenfalls zur Anwendung kommen muß; hierdurch aber die, in den theilbaren Gütern sonst statt findende Erbfolge des gemeinen Rechts von selbst ausgeschlossen wird, und eine Civiltheilung der erwähnten Güter so wohl nach der

10) Runde Beiträge B. 1. n. XI. §. 1.

11) M. s. auch Acta Osnab. Th. 1. St. 2. S. 141. Klöntrup a. a. O. V. Anerbe n. 5.

festgestellten Untheilbarkeit derselben, als nach dem Grunde der obigen Verordnung, und den wörtlich darin enthaltenen Bestimmungen für eben so unzulässig, als eine Zerstückelung der freien, aber steuer- und reihepflichtigen Höfe oder Kotten selbst, zu achten ist; die Mutter der Appellantin hiernächst, als Miterbin in dem nachgelaßnen praedio ihres ab intestato verstorbenen ersten Ehemannes überall nicht angesehn werden mag, vielmehr bei der eingegangenen zweiten Heirath mit ihrem jetzigen Ehemanne, und nach dem Inhalte des Vergleichs vom 14ten Oct. 1801, als bloße Interimswirthin zu betrachten, und in dieser Eigenschaft, so wohl nach allgemeinen, von der Interimswirthschaft geltenden Grundsätzen, als insonderheit nach den erwähnten Vergleiche, gegen die darin stipulirte Leibzucht, nach längst abgelaufenen Mahljahren, den Hof nebst Zubehörungen abzutreten, und auf die Leibzucht zu weichen verpflichtet ist; der Appellantin älteste Schwester aber, da das Anerbenrecht der erstern, nach der im Kirchspiel Badbergen unwidersprochen existirenden Observanz, als nunmehrigen jüngsten Tochter weil. Coloni Nietfeld gebühret, mit einer, in Gemäßheit der mehrgedachten Verordnung auszumittelnden Abfindung aus dem Hofe zufrieden seyn muß: So ist übel gesprochen und wohl appellirt u. s. w.

XL. Erörterung.

Von der Erbfolge des weiblichen Geschlechts in die Meier- und Colonatgüter, und deren Besitznahme durch Beheirathung. Rückfall des Meierguts an die Frau, wenn die Ehe wegen Ehebruchs des Mannes geschieden ist.

Das weibliche Geschlecht hat unter gewissen Beschränkungen ein Erbfolgerecht in die Meier- und Colonatgüter. Nicht der Mangel an Verstand, Kraft des Körpers, und Geschicklichkeit zur Landwirthschaftsführung, sondern die diesem Geschlecht eigene Schwäche, und natürliche Bestimmung macht die Weiber überhaupt unfähig und untauglich zu den Anstrengungen des Körpers, und den männlichen Arbeiten und Geschäften, welche dem Besitzer eines Bauerngutes, in Beziehung auf die öffentlichen Lasten, Gutsherrlichen- und Gemeindedienste u. s. w. obliegen, und von ihm geleistet werden müssen. Dem weiblichen Geschlechte fehlt daher die erste und wesentlichste Eigenschaft*), welche bei jedem Inhaber eines Colonat-

*) Damit stimmen alle Eigenthums- und Meierordnungen — unter andern auch die Meierordn. der Grafschaft Schauenburg, hess. Antheils vom 2ten Oct. 1774 §. 3 u. 4. — überein, und man darf es daher als einen allgemeinen Grundsatz des Meierrechts annehmen, daß eine zur Succession kommende, oder aufgeheirathete

guts vorausgesetzt und erfordert wird: die Tüchtigkeit, der Stelle vorzustehn, und die darauf haftenden Prästanda zu prästiren. Eine zur Succession in das Meiergut berufene Tochter, oder Enkelin, eine Seitenverwandtin, oder die nachgebliebene Wittwe eines kinderlos verstorbenen Colonen, welcher die Erbfolge nach den Ehepacten, oder der Regel: Längst Leib, längst Gut, gebührt, können daher nie anders zum Besitz des, in gutsherrlicher Abhängigkeit stehenden Colonats gelangen, oder darin gelassen werden, als wenn sie sich mit einem zum Colono tüchtigen Manne ehelich verbinden, und ihm das Meiergut und die Meierstelle zufreien [1]). Dann aber ist der Ehemann, wenn derselbe vom Gutsherrn bemeiert und als Wirth oder Wehrfester angenommen ist, der wahre und eigentliche Colonus, und die Ehefrau hat nur den Mitbesitz und die Mitbenutzung der ihr durch Erbrecht angefallenen

Frauensperson den Wirth, Wehrfester, oder Reihemann nicht repräsentiren kann.

1) Project der Lüneburgischen Meierordnung cap. 12. §. 3. verbis: „jedoch sollen die Töchter gehalten seyn, einen zur Wirthschaft tüchtigen Colonen zu freien, widrigenfalls sie von der Succession im Hofe tamquam inhabiles würden zu removiren seyn." Calenberg. Meier-Ordn. cap. 5. §. 4. verbis: „Falls gegen der Tochter Ehemann Tüchtigkeit, dem Hofe vorzustehn, nichts eingewandt werden könnte." Deßhalb ist auch in den Ehestiftungen der Ausdruck gewöhnlich: die Braut freiet dem Bräutigam ihre Güter zu; (a Pufendorf I. 47. §. 2.) oder es heißt auch wohl in den Ehepacten: die Braut nimmt ihren Bräutigam zu sich in ihre Stelle und macht ihn aller ihrer Güter mittheilhaftig.

gefallnen Meierstelle[2]). Die Nothwendigkeit dieses Grundsatzes liegt schon an sich in dem Interesse, welches dem Colono und Wirthe dargeboten werden muß, wenn er veranlaßt werden soll, das Meiergut zum Besten des Staats, des Gutsherrn, und seiner eignen Familie zu erhalten und zu verbessern, und die Richtigkeit desselben wird auch dadurch vollkommen bestätigt, daß von dem aufgeheiratheten Wirthe und Colono alle Prästanda des Hofes prästirt werden müssen; daß derselbe unverbunden ist, nach dem Tode seiner Gattin, dem mit ihr erzeugten, wenn gleich schon volljährigen Anerben den Hof abzutreten, die Regierung desselben niederzulegen, und auf die Leibzucht zu weichen[3]); daß er vielmehr befugt ist, sich anderweit zu verheirathen, und seinen Kindern zweiter Ehe, mit Einwilligung des Gutsherren, eine Abfindung aus dem Hofe zu bestimmen[4]); daß durch den Tod des aufheirathenden Colonus die Succession im Hofe für seine Descendenz eröffnet wird, und die überlebende Ehefrau, während der Unmündigkeit oder Minderjährigkeit des Anerben, nur befugt ist dem neuen Ehemanne den Hof, als Interimswirth, so lange zu übertragen, bis der Anerbe selbst der Stelle

2) Pract. Erörter. IV. 10. von Ramdohr Erfahrungen B. 3. S. 192.

3) von Ramdohr Erfahrungen B. 3. S. 194. Der Tod der Ehefrau kann den angenommenen Colonus und Reihemann in keinen Interimswirth umschaffen. Ein solcher ist nur der, welcher sich mit der Wittwe, oder geschiedenen Ehefrau des vormaligen Coloni, wenn aus der ersten Ehe Kinder vorhanden sind, wieder verheirathet hat. Calenb. M. O. cap. 5. §. 7. A. M. ist Runde von der Interimswirthschaft §. 10.

4) Die L. 3. C. de sec. mnpt. findet bei den Meiergütern keine Anwendung. Pract. Erörter. V. 33. §. 23.

vorstehn kann[5]); daß die Ehefrau nicht befugt ist, eine von ihrem Ehemanne gültig vorgenommene Alienation des Hofs umzustoßen, oder ein davon gültig veräußertes Pertinenz zu vindiciren[6]); daß sie wenn der Ehemann aus einem rechtmäßigen Grunde abgemeiert — entsetzt — wird, für sich und ihre Kinder alles Recht am Hofe verliert, und aus demselben weichen muß[7]) u. s. f.

Aber wenn auch die Folgen einer rechtmäßigen Abmeierung[8]) des Ehemanns, die Ehefrau, von der die Meierstelle herkommt, und deren Kinder mit treffen, so lassen sich solche doch auf die Fälle nicht ausdehnen, wo die Ehe, ohne Verschuldung der Ehefrau, durch strafbare Handlungen des Ehemannes aufgelöst wird, welche dessen persönliche Rechtsfähigkeit durch bürgerlichen Tod zerstören, oder eine gänzliche Trennung des Ehebandes, aus gesetzlichen Ursachen, bewirken. Die Meierordnungen, und die Schriftsteller über das Meierrecht, haben diese Fälle vermuthlich aus dem Grunde nicht genau bestimmt, und behandelt, weil sie sich selten ereignen. Aber so wohl

5) Calenb. M. O. cap. 5. §. 7. Entwurf einer M. O. für das Fürstenth. Lüneburg c. 12. §. 18. M. s. auch von Ramdohr a. a. O. S. 192.

6) Pract. Erörter. V. 33. §. 9.

7) Pract. Erörter. IV. 10. V. 33. §. 26.

8) Oft ist auch des Meiers Ehefrau selbst mit an den Ursachen schuld, welche die Abmeierung nothwendig machen. Aber niemals kann die Expulsion des Coloni als ein Grund zur Ehescheidung angesehn werden. Die Frau muß daher dem entsetzten Manne folgen, und kann mithin durch ihre Person dem Staate und Gutsherrn keinen andern Reihemann stellen.

nach gemeinen Rechten, als nach den hergebrachten Grundsätzen des Colonatwesens kann der, durch dergleichen sträfliche Handlungen des Ehemanns für seine Person bewirkte Verlust des Meierrechts und der Meierstelle, auf seine unschuldige Gattin und deren Kinder nicht nachtheilig zurückwirken. Die Folgen eines begangenen Verbrechens treffen nur dessen Urheber, und nach einer ausgesprochenen Ehescheidung muß der schuldige Ehegatte dem unschuldigen Theile alles zurückgeben, was derselbe in die Ehe gebracht hat [9]). Zwar ist nach der Meierverfassung der, vom Gutsherrn bemeierte aufheirathende Ehemann der wahre und eigentliche Wirth und Wehrfester, dem das Bewirthschaftungsrecht der Stelle zukommt; allein daraus, daß die Anerbin oder weibliche Erbfolgerin das Meiergut für sich allein nicht verwalten kann, sondern durch Heirath dem Gutsherrn einen tüchtigen Reihemann und Wehrfester stellen, und wenn sie solches nicht will, oder nicht kann,

9) C. 1. 2. 3. X. de donat. inter vir. et ux. Schott Eherecht §. 224. Dabelow Eherecht §. 336 ff. Hat die Ehefrau durch begangenen Ehebruch die Scheidung veranlaßt, so verliert sie das ihrem Ehemanne zugebrachte Meiergut. Bei andern von ihr veranlaßten Scheidungsursachen, welche den Verlust ihres Eingebrachten rechtlich nicht zur Folge haben, kann sie zwar den, ihrem Manne zugebrachten Hof nicht zurück, wohl aber eine angemessene Alimentation daraus fordern. Schott a. a. O. §. 225. Pract. Erörter. VI. 32. — Ist die ehebrecherische Ehefrau durch Heirath auf des Mannes Hof gekommen, so geht auch die Leibzucht verloren. Schott a. a. O. §. 225. Runde deutsch. Privatr. § 522. a. — Der schuldige Ehemann und dessen Erben müssen aber der aufheirathenden Ehefrau alle Vortheile ableisten, die ihr in der Ehestiftung zugesichert sind. Schott a. a. O.

dem nächsten tüchtigen Erben überlassen muß[10]), folgt noch keinesweges, daß nun auch ihr Ehemann völliger Eigenthümer des Meierguts dergestalt wird, daß die Ehefrau, von welcher dasselbe herkommt, und ohne welche er nie zum Besitze desselben gekommen wäre, als eine ganz fremde Person angesehn werden kann, der weiter gar keine Rechte an der Meierstelle gebührten. Denn der aufheirathende Ehemann erhält die Bemeierung vorzüglich in Rücksicht seiner Gattin, welcher der Hof nach Erbfolgerecht angehört, und indem er damit uxoris caussa gutsherrlich bemeiert wird, besitzt er die Stelle mehr in ihrem, als seinem Namen. Die Ehefrau bleibt daher stets die eigentliche und wahre Eigenthümerin des auf sie vererbten Meierguts, und sie ist, selbst während der Ehe, Mitbesitzerin und Mitbenutzerin desselben. Durch die Verheirathung geht also das Eigenthum derselben am Hofe sowenig verloren, als durch die erfolgte Bemeierung des, dem Gutsherrn von ihr als Meier gestellten Ehemanns. Hörte sie durch die vollzogene Heirath auf, wirkliche Eigenthümerin der Meierstelle zu seyn, so müßte auch, bei ihres Mannes kinderlos erfolgtem Ableben, das Meiergut an dessen nächste Verwandten, und nicht an die überlebende Ehefrau zurückfallen, was jedoch der Meierverfassung völlig zuwider ist, die selbst der Frau, nach des Mannes Tode, das Recht giebt, sich auf der Stelle anderweit zu befreien. Gegen die Regeln der weiblichen Erbfolge in die Meiergüter, gegen Billigkeit und Gerechtigkeit würde

10) Kann oder will die Anerbin, oder Erbfolgerin, das Colonat nicht befreien, so ist der Gutsherr darum noch nicht befugt, den nächsten fähigen Successor zu übergehn, und nach Willkühr einen ganz fremden Reihemann zu wählen, und auf die Stelle zu setzen.

es also anstoßen, und für den Staat, und die Meierfamilien selbst von sehr nachtheiligen Folgen seyn, wenn man annehmen dürfte, daß der Ehemann durch die vollzogene Heirath völliger und unbeschränkter Eigenthümer des von seiner Gattin ihm zugebrachten Meierguts werde, und sie selbst durch die Beheirathung alles Anrecht daran verliere. Wird daher die Ehe, sey es durch den natürlichen Tod des Mannes getrennt, oder sie durch sein Verschulden richterlich aus gesetzlichen Ursachen aufgelöst, so hört die unter den Ehegatten in Absicht des Meierguts bestandene Gemeinschaft auf, und die Ehefrau tritt völlig in die Rechte zurück, welche sie vor ihrer Verheirathung am Hofe hatte. Sie muß in solchen Fällen, wenn die Ehe kinderlos geblieben war, mit gutsherrlicher Genehmigung das Meiergut anderweit befreien, oder falls Kinder erzeugt und am Leben sind, den neuen Ehemann als Interimswirth aufnehmen, oder auf die Leibzucht gehn, wenn eins der Kinder erster Ehe schon tüchtig ist, das Meiergut zu bewirthschaften, oder zu beheirathen. Der Gutsherr kann wenigstens nie gezwungen werden, wo nicht Gesetze oder verbindliches Herkommen das Gegentheil gebieten, die Bewirthschaftung des Meierguts einer Frauensperson, es mag von ihr herrühren oder nicht, zu überlassen, wenn sie sich nicht verheirathen, oder falls sie Wittwe geworden, oder durch des Mannes Schuld geschieden seyn sollte, nicht anderweit verehelichen will.

In Sachen Tienken geb. Schriefer w. Gevert Tienken, deren Ehemann, erkannte das Consistorium zu Stade auf Ehescheidung, wegen eines von letzterm begangenen Ehebruchs, verurtheilte denselben das eingebrachte Vermögen seiner Ehefrau zurückzugeben, und erklärte, daß darunter auch die Meierstelle begriffen sey,

welche dieselbe ihm zugebracht, und in welche er eingeheirathet habe. Auf seine dawider erhobene Appellation erkannte indeß das höchste Tribunal, am 10ten Oct. 1805, in Gemäßheit der obigen Grundsätze, daß wohl gesprochen, und übel appellirt, mithin der Appellant schuldig sey, der Appellatin den ihm zugebrachten Hof zu dem Behuf zurückzugeben, um denselben verfassungsmäßig mit Genehmigung des Gutsherrn anderweit zu beheirathen, wobei jedoch beiden Theilen competentia in Absicht der etwanigen Meliorationen, oder Deteriorationen vorbehalten blieben.[11])

11) Schott a. a. O. §. 224 in der Note.

XLI. Erörterung.

Meinungen der Rechtsgelehrten. Präjudicien.

Unsere Proceßgesetze [1]) warnen nicht blos die Richter, sondern sie gebieten ihnen ausdrücklich, bei ihren Entscheidungen nicht auf bloße Opinionen der Doctoren zu achten. Die Meinungen einzelner, selbst der ausgezeichnetesten und berühmtesten Rechtsgelehrten, beruhen nicht selten eben so auf individuellen, als die gemeinen Meinungen auf gemeinen Irrthümern [2]). Die angeführten Gesetze sagen daher freimüthig und wahr: „in der Welt sey nichts so schlecht fundirt, was nicht den Beifall des einen, oder andern Schriftstellers erhalten habe.“ Was der Gesetzgeber von der unbedingten Anwendung und Berücksichtigung der Meinungen juristischer Schriftsteller den Richtern warnend und verbietend ans Herz legt, findet auch seine volle Anwendung auf die darauf gestützten, oder diejenigen Präjudicien — Rechtsprincipe und Rechtssätze aus gleichförmigen Sentenzen entsprungen — welche sich auf offenbar vorgefaßte Meinungen, irrige Voraussetzungen, falsche Ansichten, und

1) Oberappellat. Ger. Ordn. Th. 2. Tit. 12. §. 12. Justizreglement. §. 16.

2) L. 1. §. 6. C. de vet. iur. enucl. Guilleaume Abhandl der Rechtslehre von der Gewohnheit §. 155 ff.

verkehrte Auslegungen der Gesetze stützen. Solchen Präjudicien zu folgen, wäre wider das Gesetz, und die heiligen Pflichten des Richters; denn Richtersprüche sind keine Gesetze, und die Richter keine Gesetzgeber[3]). Die bloße Gleichförmigkeit abgegebener Urtheile bildet und bewirkt auch an sich kein eigentliches Gewohnheitsrecht; weil sie, wie Thomasius[4]) schon anmerkt, nicht aus der Meinung einer Nothwendigkeit, oder der Absicht, gerade so erkennen zu müssen, wie vorhin geurtheilt ist — cum intentione imitationis — sondern bei den, mit mehrern Urtheilern besetzten Gerichten allezeit aus der Mehrheit der Abstimmungen hervorgehn, die sich so oft ändern, und nach der Natur der Sache so oft ändern müssen. Die Pflicht des Richters bringt es daher stets mit sich, den Präjudicien eben so wenig unbedingt zu folgen, kein bloßer Imitator derselben zu seyn, als den Meinungen einzelner oder der meisten Rechtslehrer[5]). Wer das Gegentheil vertheidigen, oder gar behaupten wollte, daß ein Mitglied

3) Der Richter soll und darf daher nicht darauf sehen, wie, und von welchen Gerichtsstellen gesprochen ist, sondern welchen Spruch ihm Gesetz und Billigkeit vorschreiben: non spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat; non exemplis, sed legibus iudicandum est. L. 12. D. de officio praesidis. L. 13. C. de Sent. et interl.

4) de iur. consuet. et observ. §. 59. seqq.

5) Von dem rechtlichen Ansehn und Werthe, worin in frühern Zeiten bei den Römern die gutachtlichen Meinungen der Rechtsgelehrten, und der mos vel usus receptus — Gerichtsgebrauch — standen, s. m. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts §. 50 f. Struben I. 24. §. 1.

Mitglied des Collegii, oder ein Unterrichter, seine eigne Ueberzeugung und Ansicht den piis, vel venerandis majoribus, oder den Präjudicien des Oberrichters, durchaus unterordnen, seine, von der bisher angenommnen Erklärungsart, abweichende Meinung unterdrücken; mithin in verba magistri schwören, und jenen blindlings nachleben sollte, der würde nicht nur das Gesetz gegen sich haben [6]), sondern bei näherer Erwägung selbst einräumen müssen, daß dadurch nicht nur die Ansprüche der Gerichtsmitglieder auf freies, unabhängiges Stimmrecht, und die Pflichtmäßigkeit der Unterrichter im Urtheilen [7]) unterdrückt, sondern auch das Studium der Gesetze, das ausbildende Fortschreiten in der Cultur der Jurisprudenz, und deren Literatur, und damit zugleich die bessern Einsichten und Beurtheilungen zweifelhafter Rechtssätze gänzlich verstopft, und gehemmt werden müßten.

Aber demungeachtet läßt sich doch, wie von vielen Schriftstellern geschieht [8]), nicht schlechthin und unbedingt annehmen, daß die Meinungen der Rechtsgelehrten, und die Präjudicien, besonders der höchsten und höhern Gerichtshöfe, gar keinen rechtlichen Werth hätten, und ganz unbeachtet gelassen werden müßten. Diese Meinung

6) L. 13. C. cit.

7) Ein Unterrichter, der aus Bequemlichkeit, oder gar um den Oberrichter ein Compliment zu machen, den irrigen Präjudicien desselben folgen wollte, würde gewiß die gerechteste Verachtung verdienen.

8) M. s. insonderheit Haus über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs. Erlang. 1798 und Guilleaume a. a. O. §. 146 ff. Pufendorf in proc. civ. Br. Luneb. P. 3. cap. 22. §. 16. Struben de iure villic. c. 3. §. 29.

möchte schon an sich zu weit führen, und in unsern Gesetzen nicht begründet erscheinen. Diese gestatten ausdrücklich den Richtern auf die, über einen gegebenen Fall angenommene Meinung der Rechtsgelehrten alsdann zu achten, und darauf Rücksicht zu nehmen, wenn sie mit den Gesetzen, der Analogie des gemeinen, und den Grundsätzen des natürlichen Rechts, oder bei positiv rechtlichen Instituten, mit der Natur der Sache übereinkommen, und auf die daraus abzuleitenden Principien gegründet sind [9]). Unter diesen Voraussetzungen hat der Gesetzgeber auch die Präjudicien, oder den materiellen Gerichtsgebrauch, im Allgemeinen ausdrücklich gebilligt [10]). Von bloßen Doctoral-Meinungen unterscheiden sich aber so wohl die Zeugnisse der Rechtsgelehrten über einen bestehenden Gerichtsgebrauch, eine Usualinterpretation, oder ein einheimisches Gewohnheitsrecht [11]), als die Urtheilssprüche, besonders der höchsten und höhern Tribunale über Rechtsfälle, die entweder in den Gesetzen gar nicht, oder doch nur auf

9) O. A. G. O. Th. 2. Tit. 12. §. 12. „Wollen also, daß gedachtes Unser O. A. Gericht in iudicando an die opiniones Doctorum überall sich nicht kehren soll; es haben denn solche Doctores entweder klare leges oder constitutiones, oder auch solche triftige rationes, die sie mit klaren, aus den Rechten und Gesetzen genommnen argumentis behaupten können für sich." Dieselbe Vorschrift ist fast mit denselben Worten im Justizreglement §. 16. wiederholt.

10) O. A. G. Ordn. und Justizreglement a. a. O. verbis: „Wodurch viele irrige principia — durch die opiniones Doctorum — in die Gerichte eingeschlichen und als praejudicia, und ordentliche Rechtsregeln eingeführt werden wollen."

11) Struben rechtl. Bedenk. I. 86. Dessen Nebenst. V. S. 77 ff. Pract. Erörter. I. 40. IV. 6.

eine dunkele, zweideutige und ungewisse Weise dergestalt bestimmt sind, daß bei der Verschiedenheit der Ansichten und Meinungen darüber — Controversen — der Richter in seiner zu fassenden Entscheidung schwankend, unsicher und ungewiß werden muß. Sind über solche Gegenstände schon mehrere gleichförmige Urtheilssprüche vorhanden, ist die Gleichheit des Falles wirklich da, und findet der sorgfältig prüfende Richter die Gründe, worauf sie gebauet sind, nicht gegen die unstreitig geltenden Gesetze, und deren Analogie, kann er daneben auch nicht selbst etwas Gegründetes entdecken, was mehr wider als für die in den bisherigen Entscheidungen angenommenen Principien spricht; so ist er nicht bloß berechtigt, sondern auch durch die allegirten Gesetzstellen verpflichtet, solchen Präjudicien zu folgen. Dergleichen in den Urtheilen, von kundigen, und aufgeklärten Richtern ausgesprochne Erfahrungen, geben an sich schon sichere und gewisse Normen, wo die Gesetze keine deutliche und bestimmte Vorschriften ertheilen[12]; aber sie nehmen dann auch wirklich den Charakter eines Gewohnheitsrechts an; weil man dabei die stillschweigende Genehmigung[13] des Gesetzgebers um so mehr voraussetzen kann, als es demselben unmöglich fällt, alle Ungewißheiten und Verwickelungen in seinen Gesetzen zu vermeiden. Deßhalb können die Richter und Gerichtshöfe die Gesetze, wenn gleich nicht aufheben und reformiren, doch auslegen und in Har-

12) Beiträge zur Literatur in den Preuß. Staaten, Samml. 1. nro. 1. Hofacker princ. jur. civ. §. 127. Günther u. Hagemann Archiv für die theoret. u. pract. Rechtsgelehrs. Th. 4. n. 1. §. 8.

13) Note 11.

monie bringen. Schon das gemeine Recht [14]) räumt den in mehrern Fällen ergangenen richterlichen Erkenntnissen, welche eine Ambiguität der Gesetze entfernen, und die im Allgemeinen mit den Namen: Präjudicien, Praxis, Usualerklärung, interpretirende, gerichtliche Observanz, und Gerichtsgebrauch bezeichnet zu werden pflegen, den Rang gleich nach den geschriebenen Gesetzen ein [15]). Nicht bloß der richterlichen Klugheit ist es dann angemessen, solchen auf treffende Gründe gestützten Präjudicien zu folgen, sondern die gerichtliche materielle Observanz selbst, da sie die Wirkung einer hergebrachten Auslegung hat, und als eine Art der gesetzlichen Interpretation zu betrachten ist, verbindet den Richter darnach zu erkennen; zumal wenn der Gegenstand derselben solche zweifelhafte Fragen betrift, welche in das Wohl des Staats, und den Rechtszustand seiner Bürger tief eingreifen, wie solches z. B. bei dem Colonatwesen, den Hypotheken und deren Privilegien, bei der statutarischen Erbfolge der Ehegatten, dem Absonderungsrechte der Gläubiger, den Ehe, Erbrechten u. s. w. der Fall ist.

Wollte man bei der unendlichen Menge der Controversen des gemeinen Rechts, die durch eine große Zahl streitiger Fragen der Landes- und Statutarischen Rechte noch vermehrt werden, den Ansichten des höchsten Landesgerichts, die zur Wissenschaft der Unterthanen gelangt sind, nicht nachgehen, und in völlig gleichen Fällen bald so, bald anders entscheiden [16]), so müßte nothwendig eine

14) L. 38. D. de leg.

15) Glück Commentar §. 33.

16) Ein französischer Advocat plaidirte über einen controversen Rechtssatz, und schloß damit seine Rede: „Der Gerichtshof hat vor Kurzem die

noch größere für die Unterthanen verderbliche, und daher in unsern Gesetzen reprobirte Ungewißheit der Rechte[17]) entstehn, der vorzüglich nur durch die, von dem höchsten Landesgerichte erfolgten Entscheidungen, und das dadurch zu Stande gekommne ius honorarium, gewehrt und vorgebeugt werden kann.

Die Doctrin sucht zwar oft, mit Hülfe der Critik und Geschichte, in gelehrten Untersuchungen zu zeigen, daß die bisherigen Entscheidungen eines streitigen Satzes auf Irrthümern beruheten. Aber bedenklich ist es doch immer, dergleichen neue Ansichten in Rechtssprüchen sogleich zur Anwendung zu bringen[18]), ihnen die, durch mehrere Aussprüche des höchsten Tribunals des Landes, bewährte gerichtliche Observanz aufzuopfern, und damit die objective, gegen eine immer nur subjective Gewißheit und Rechtssicherheit zu vertauschen. Denn nicht selten wird die, als einzig wahr ausgestellte neue Ansicht, die Controverse zu entscheiden, von scharfsinnigern und ge-

Frage bejahend, wenige Tage vorher aber verneinend entschieden. Wie Sie, m. Herren, heute erkennen werden, weiß ich nicht; aber — allezeit vortrefflich!"

17) O. A. G. Ordn. a. a. O. verbis: „Wenigstens aber eine arbitraria justitia eingeführt wird." Bei unserm gegenwärtigen Rechtszustande enthalten die wohlbegründeten Präjudicien fast das einzigste Mittel die Unsicherheit des Rechts zu heben. Daher wird auch in der Jenaischen (vom 8ten Oct. 1816) und in dem Entwurfe der Wolfenbüttelschen O. A. G. Ordn. (v. J. 1818.) der Werth der Präjudicien förmlich anerkannt.

18) Lesens- und beachtungswerth ist dasjenige, was Hommel in Rhaps. Qu. obs. 318 deßhalb, zum Theil über sich selbst, bemerkt.

lehrtern Juristen wieder angefochten, und durch stärkere Gegengründe übertroffen*). Wo also die gemeinen oder Landesgesetze und Verordnungen dem Richter keine befriedigende Auskunft geben, oder wo das Gesetz, Statut u. s. w. Ambiguitäten — Undeutlichkeit, Mangelhaftigkeit, Widersprüche — enthalten sollte, die zu der Controverse die Veranlassung gaben, da bleibt es wenigstens rathsam, den aus allgemeinen unleugbaren, oder der Natur der Sache abgeleiteten, in einer Reihe von Entscheidungen als richtig angenommene Rechtsprincipien, mithin der also begründeten gerichtlichen und interpretirenden Observanz eher und mehr, als neuen, noch immer zweifelhaft und bestreitbar bleibenden Lehrsätzen und Doctrinen zu folgen. Bei jener kann man sicher[19]) die allgemeine Genehmigung des Gesetzgebers voraussetzen, die bei den letztern schwerlich anzunehmen seyn möchte. Wohlthätig bleibt es auch gewiß für die Bürger und Unterthanen des Landes, wenn die in gerichtlichen Entscheidungen, besonders des höchsten Justizhofs im Staate, über controverse Rechtsfragen ausgesprochne und angenommne Meinung, ohne die dringendsten Gründe, nicht gewechselt wird. Im Vertrauen auf deren Dauer, und fortwähren-

*) Thibaut Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien, im Archiv für die civilistische Praxis, von von Löhr, Mittermeier und Thibaut B. 5. S. 313 ff. und B. 6. S. 45.

19) Note 11. Aus den daselbst angeführten Stellen erhellet wörtlich, daß dem Gesetzgeber es nicht unbekannt geblieben ist, wie man in den Gerichten die Präjudicien als gültige Entscheidungsregeln für künftige ähnliche Fälle betrachtet; und daß er denselben in den Worten: als praeiudicia eingeführt werden, ihren rechtlichen Werth hat lassen wollen.

de Beobachtung haben die Landeseinwohner häufig ihre wichtigsten Privat- und Vermögensverhältnisse danach regulirt, die, wenn man davon ohne die allertriftigsten Gründe abginge, zerreissen, gefährdet und in Unsicherheit gerathen würden. Das Commentiren und Erklären liegt freilich schon in der Natur, und dem Verstande des Menschen. Aber die Ansichten sind doch so verschieden, als die Köpfe, und einer glaubt immer die Sache besser erforscht, und eingesehn zu haben, als der Andere. Freimüthig gestanden, weiß man oft selbst nicht, was dann recht eigentlich förmlich, oder gesetzlich wahr sey; allein man würde es noch viel weniger wissen, wenn die Gerichtshöfe selbst anfingen, die vielen Controversen, mögen sie das Recht selbst, oder den Proceßgang und die gerichtliche Procedur betreffen, bald so, bald anders zu entscheiden, und in ihrer darüber angenommnen Theorie mit einer gewissen Leichtigkeit zu variiren. Keine Parthei würde dann mehr mit Zuversicht in dergleichen Fällen auf den Ausgang ihres Rechtshandels rechnen, und keine von Processen zurückgehalten werden können; weil die schwankende Meinung der Gerichte, derselben ihr Schicksal nicht mehr in Voraus verkündigte. Unter den erforderlichen Voraussetzungen bleiben daher die Präjudicien, gerichtlichen und interpretirenden Observanzen, indem sie dem Mangel der Gesetze, oder der ihnen abgehenden Bestimmtheit einigermaßen abhelfen, in der That eine, das Recht sichernde Stütze des Gemeinwohls [20]).

Sind übrigens zwischen den Ober- und Untergerichten über eine Controverse des Gemeinen- oder Particular-

20) Dies räumt auch Haus a. a. O. §. 23. selbst ein, ob er gleich die, aus der Politik und Convenienz, für den Werth der Präjudicien entlehnten Gründe verwirft.

rechts — wie es sich nicht selten ereignet[21]) — discrepante Meinungen vorhanden, so haben die erstern nicht das Recht, ihre Ansichten und Ueberzeugungen den letztern als Gesetz vorzuschreiben, oder zu fordern, daß sie ihre rechtliche Meinung von dem Sinne, oder der Absicht eines zweifelhaften, dunkeln Gesetzes, oder sich widersprechender Verordnungen, dem Ansehn einer, von dem Oberrichter angenommnen und ausgesprochnen Erklärungsart unterordnen, oder aufopfern sollen. Wo den höchsten Tribunalen nicht etwa eine provisorische Gesetzgebungsgewalt, und ihren Erklärungsarten die Wirkung interimistisch verbindlicher Normen eingeräumt ist[22]), und wo es an einer eignen Gesetzcommission ermangelt, da wird es nothwendig, daß die gesetzgebende Gewalt ins Mittel tritt, und dergleichen verderbliche Discrepanzen, in den Entscheidungen der Ober- und Mittelgerichte, durch kräftige Bestimmungen abschneidet.

21) So ist z. B. die von dem O. A. Gericht in mehrern Erkenntnissen gleichförmig angenommne Meinung, über die Befugniß des Vaters, die von ihm ernannten Vormünder von der Rechnungsablage zu dispensiren; über die Competenz bei Subhastationen der Immobilien; das Separationsrecht der altväterlichen und väterlichen Hypothecar-Gläubiger; das ius separationis ex iure crediti in Concursen; den Rang der Legalhypotheken u. s. w. (Pract. Erörter. I. 52. II. 37. V. S. 261. u. 275. VI. 39. 40. 68. 99.) nicht von allen Mittelgerichten adoptirt.

22) Wie solches unter gewissen Beschränkungen bei den vormaligen Reichsgerichte der Fall war. Haus a. a. O. §. 24 ff.

XLII. Erörterung.

Von der Theilnahme der Geistlichkeit an den Gemeinheitsnutzungen und Vortheilen.

In der Calenbergischen Kirchordnung vom Jahr 1569[1]), welche in den Fürstenthümern Calenberg, Göttingen, Hildesheim[2]), in den Grafschaften Hohnstein und Spiegelberg, und auf dem vormaligen Communion-Oberharze gesetzliche Kraft hat[3]), ist den Kirchendienern — also den Predigern, Küstern, Organisten und Schullehrern[4]) — der Mitgenuß an den Gemeinde- oder Gemeinheitsgütern zngesichert[5]). Sie neh-

1) S. 243.

2) evangelischen Theils, Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle I. S. 124.

3) Schlegel Hannöv. Kirchenrecht B. 1. S. 35 ff.

4) Jetzt pflegen auf dem Lande der Küster- Cantor- und Organistendienst, mit dem Schulmeisterdienste gewöhnlich in einer Person vereinigt zu seyn. Der Küster ward stets als der Gefährte des Predigers betrachtet, und beide einander gewissermaßen gleichgestellt. Lüneb. Kirchen-Ordn. c. 12. §. 27. Schlegel a. a. O. v. S. 260.

5) Schlegel a. a. G. B. 5. S. 247 ff.

men daher nicht nur an der Naturalbenutzung, sondern auch an den sonstigen Vortheilen und Aufkünften derselben eben den verhältnißmäßigen Antheil, welcher den übrigen Gemeindegliedern daraus zufließt, z. B. aus dem Erlöse für verkauftes Gemeindeholz, veräußerte Gemeinde-Pertinenzen, Gräsereien u. s. w., wenn die Gemeinde keinen rechtlich begründeten Ausschluß der Kirchendiener, und Geistlichkeit zu erweisen vermag. Das Verhältniß ihrer Mitbenutzung, und Theilnahme an dergleichen Vortheilen ist durch Gesetze, oder Verträge, meistens aber durch das Herkommen bestimmt [6]), welches auch über die Proportion zwischen dem Prediger, und Küster oder Schuldiener zu entscheiden pflegt.

In der Lüneburgischen Kirchen-Ordnung v. J. 1643, welche im Fürstenthum Lüneburg und Grubenhagen, den Grafschaften Hoya und Diepholz, den Aemtern Westen und Thedinghausen, und zu Clausthal, Gesetzkraft hat [7]), ist der Geistlichkeit und den Kirchendienern der Mitgenuß und Antheil an den Vortheilen und Aufkünften der Gemeinheitsgüter zwar nicht ausdrücklich beigelegt; aber sicher als etwas Bekanntes, Herkommliches, und sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt, und vermuthlich in dieser Hinsicht in der Kirchenordnung dieser Punct übergangen, und unerwähnt gelassen [8]). Es wird ihnen daher auch die Theilnahme an den Nutzungen und Vortheilen der Gemeindegüter und Aufkünfte so lange eingeräumt, und zugesprochen, bis die

6) Schlegel a. a. O. S. 258.

7) Schlegel a. a. O. B. 1. S. 43 ff.

8) Schlegel a. a. O. B. 5 S. 254.

Gemeinde die rechtliche Ausschließung derselben erwiesen hat*).

Nach der Lüneburgischen Kirchenordnung[9]) sollen die Predigerwittwen, und nach der Dannenbergischen Schulordnung[10]) auch die Schullehrer die nothdürftige Feuerung aus den Gemeindeholzungen zu genießen haben. Hierauf ist ihr Theilnehmungsrecht an denselben beschränkt. Sie können daher, wenn sie keine entgegengesetzte Observanz zu erweisen vermögen, auch keine Theilnahme an den Kaufgeldern rechtlich fordern, welche aus dem Verkaufe von Bau- und Nutzholz, oder überflüssigen Brennholze aus den Gemeindeholzungen aufkommen[11]); aber allerdings verlangen, daß die Gemeinde keinen Verkauf des, nur zu Feuerholze geeigneten Holzes vornimmt, der zur Schmälerung ihres nothdürftigen Feuerungsbedürfnisses gereicht[12]).

Die Dannenbergische Schulordnung hat indeß nur in den Aemtern Ehrenburg und Syke, nicht in den

*) Man vergl. auch Gemeinheitstheilungsverordnung vom 25sten Jun. 1802. §. 76.

9) Kap. 12. §. 30.

10) vom 17ten Jan 1687 §. 4. Sie ist späterhin auf das ganze Fürstenth. Lüneburg extendirt. Schlegel a. a. O. B. 3. S. 405 ff.

11) Durch die Worte der Lüneb. Kirchen-Ordnung: ihren Nachbarn gleich ist ein solcher Anspruch nicht zu begründen; weil jene Worte nur von einer Naturaltheilnahme erklärt werden können.

12) Eben diese Principien finden auch auf die Gemeinheits-Torfmoore Anwendung. Mein Handb. des Landwirthsch. Rechts §. 31.

andern sechs Aemtern der Grafschaft Hoya gesetzliches Ansehn[13]). In diesen letztern haben daher die Küster und Schullehrer im Allgemeinen dieselben Rechte und Ansprüche an den Gemeindegütern und Vortheilen, als die Prediger; aber wie sich von selbst verstehet, in geringerer Proportion. Die Gemeinde Nenndorf, Amts Stolzenau, nahm einen Verkauf aus ihrer Gemeinheits-Holzung vor, und wollte ihrem Prediger, Küster und Schullehrer, ingleichen der Predigerwittwe keine Participation an den Holzkaufsgeldern gestatten. Auf die wider sie deßhalb erhobene Klage sprach das Amt, am 8ten Dec. 1817, dem Prediger einen verhältnißmäßigen Antheil an dem Verkaufe des Gemeindeholzes zu, wenn die Gemeinde einen rechtsbegründeten Ausschluß desselben nicht zu erweisen vermöchte; der Schullehrer und die Predigerwittwe hingegen wurden zurückgewiesen, wenn sie den rechtsbeständigen Erwerb einer Theilnahme an den Holzverkäufen nicht erweisen konnten; weil die Gesetze ihnen nur in Hinsicht des Feuerungsbedarfs eine Theilnahme an den Gemeindeholzungen ausdrücklich einräumten; der Holzverkauf aber keine Befriedigung der Feuerungsbedürfnisse in der Gemeinde Nenndorf bezielte. In der zweiten Instanz ward dies Erkenntniß mit Bezugnahme auf die Lüneburgische Kirchen- und Dannenbergische Schulordnung bestätigt; allein das höchste Tribunal reformirte dasselbe in Rücksicht des Schullehrers[14]), am 28sten Nov. 1818, auf folgende Weise: Da nun unser Amt Stolzenau, mit der Landeshoheit, bereits im Jahr 1682 der Princessin

13) M. s. Beobachtung I.

14) In Hinsicht der Predigerwittwe wurden die vorigen Erkenntnisse bestätigt.

Sophie Dorothea[15]) bei ihrer Verheirathung mit dem damaligen Churprinzen von Hannover, zum Brautschatz mitgegeben ist, hinfolglich die positiven Vorschriften der Dannenbergischen Schulordnung v. J. 1687 und des Regiminal-Ausschreibens der Regierung zu Celle, vom 11ten Jul. 1692, in dem vorliegenden Falle kein gesetzliches Ansehn haben können; unter diesen Umständen aber dem Küster und Schullehrer die allgemeine rechtliche Vermuthung, wegen eines uneingeschränkten Antheils an den Gemeinheiten, von welchen die Holzung einen Theil ausmacht, in eben der Maße zur Seite stehn muß, als selbige dem Prediger bereits zugesprochen ist; so habt ihr, mit Aufhebung der ergangenen Erkenntnisse, rücksichtlich des Küsters und Schullehrers zu Nenndorf, eben die Grundsätze eintreten zu lassen, welche in Absicht des dortigen Predigers in dem Amtsbescheide vom 8ten Dec. 1817 angenommen sind, wobei es sich indeß von selbst versteht, daß dem Amte das Erkenntniß über ein, dem Küster und Schullehrer gebührendes verhältnißmäßig geringeres Quantum, als dem Prediger, bevorbleibt.

15) Bekannt unter dem Namen der Prinzessin von Ahlden.

XLIII. Erörterung.

Die behauptete Eigenschaft eines Sackzehntens muß von den Zehntpflichtigen erwiesen werden.

Dem Stifte Bassum — welches in alten Urkunden auch Barssen genannt wird — gebührt der Zehnte auf der Feldmark zu kleinen Bramstedt. Schon im Jahr 1584 beschwerte sich Anna, geborne Fräulein (Gräfin) zur Hoya und Bruchhausen, Abbatissin des freien adlichen Stifts Barssen, bei dem Amtmann Kochen zu Syke, „daß die Zehntpflichtigen den Zehnten von ihren Kämpen und Feldern eingefahren hätten, und sie Amtswegen angehalten werden möchten, den entführten Zehnten zu restituiren, und was davon noch auf dem Felde, gutwillig verabfolgen zu lassen, und sie, wegen der geübten Gewalt, in gebührliche Strafe zu nehmen." Nachmals ist dieser Zehnten einer Canonicats-Präbende beigelegt, und mit derselben sind die Amtmänner und Prediger des Stifts von demselben abwechselnd investirt. Im 17ten Jahrhundert ward der Zehnten von den Zehntpflichtigen entweder nach Besichtigung der Früchte, oder überhaupt, gegen ein Aequivalent an reinen Körnern, wie es in den Urkunden hieß, gedungen. In einem Documente vom 24sten Febr. 1607 kam die Stelle vor: „daß

dieser Zehnte auf Besichtigung der Feldfrüchte jährlich gedungen werden solle;" Und in dem Lagerbuche des Amts Syke, vom Jahr 1680, fand sich bemerkt: „der Zehnte zu kleinen Bramstedt gehört dem Stifte und der Kirche zu Bassum, und wird solcher gedungen, und mit reinen Körnern bezahlt." Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts bis zum Jahr 1806 war indeß derselbe für ein veränderliches Geldäquivalent, von 100, 120, 150, 200, und zuletzt 220 Reichsthaler, auf gewisse Jahre an die Zehntpflichtigen verpachtet, und in den Urkunden und Pachtcontracten bald als Kornzehnten, bald als Korn-Zugzehnten benannt und aufgeführt. Im Jahr 1806 verlangte das Stift die Ziehung des Zehnten in natura, und als die Zehntpflichtigen sich dieser Anforderung aus dem Grunde widersetzten, weil der zu entrichtende Zehnte kein Zug- sondern ein Sackzehnte sey, ward ihnen der Beweis auferlegt: „daß der von ihnen zu entrichtende Zehnten ausdrücklich auf reines Korn gesetzt, mithin in einen Sackzehnten verwandelt sey." Zu dem Ende bezogen sie sich auf das Lagerbuch des Amts Syke; auf eine Quitung, vom Jahre 1706, worin bescheinigt wurde, daß der Zehnte in reinem Korn geliefert sey; auf Urkunden, in welchen derselbe Kornzehnte genannt ward, und nach welchen der Zehnte in reinem Korne bedungen oder gedungen, und entrichtet war. An die Stelle reiner Körner sey nun zwar späterhin baares Geld von den Canonicatsbesitzern gefordert und bedungen; aber dies ändere die ursprüngliche Natur des Sackzehntens so wenig, als der in den neuern und neuesten Pachtcontracten einseitig gewählte Ausdruck eines Kornzugzehntens. Am 28sten Jul. 1818 erkannte indeß die Justiz-Canzlei zu Hannover: Nachdem es Klägern zu erweisen oblag, daß der von ih-

nen dem Stifte Bassum zu entrichtende Zehnten auf eine rechtsbeständige Art in einen Sackzehnten verwandelt sey; das Wesentliche eines Sackzehnten aber darin besteht, daß für den Naturalzehnten ein festes und unveränderliches Aequivalent an baarem Gelde, oder reinen Körnern von den Pflichtigen gegeben werde, hierauf mithin der von den Klägern unternommene Beweis hauptsächlich zu richten gewesen; sie jedoch, daß sie das Recht, ein solches Aequivalent statt des Naturalzehntens zu geben, durch Vertrag oder Verjährung erworben, überall nicht nachgewiesen haben, anerwogen die producirten Extracte aus dem Sykeschen Erbregister und Lagerbuche, wenn auch deren Inhalt beweisfähiger wäre, als er es wirklich ist, doch schon aus dem Grunde völlig unzureichend sind, weil nicht gezeigt worden, daß jenes Erbregister und Lagerbuch, aus welchen sie entnommen, mit Beobachtung der nöthigen Förmlichkeit, und Zuziehung aller interessirten Theile aufgenommen und errichtet ist; sodann aber die von beiden Partheien sub fide iuramenti sonst producirten Documente der Kläger Intention so wenig unterstützen, daß vielmehr aus ihnen deutlich wahrgenommen werden kann, wie die bisher stattgefundene Verpachtung des streitigen Zehntens, gegen ein oft veränderte locarium, auf der bloßen Willkühr des Stifts Bassum beruhet hat, der Zehnten folglich, solcher oft wiederholten Verpachtungen ungeachtet, für einen wahren Zug- und nicht für einen Sackzehnten zu achten ist: So — werden Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen und für schuldig erklärt, die Naturalauszehntung unweigerlich zu gestatten.

Die dawider an das höchste Tribunal ergriffene Berufung ward wegen nicht abgelehnter Entscheidungsgründe verworfen,

verworfen, und das erste Erkenntniß bestätigt. Aus dem Schreiben der Abbatissin, Gräfin von der Hoya, war abzunehmen, daß im Jahr 1584 der Zehnte in natura gezogen, also ursprünglich ein Zugzehnte war. Die Worte der alten Urkunde v. J. 1607: daß derselbe jährlich, auf Besichtigung der Feldfrüchte, gedungen werden solle," womit das Notat in dem spätern Lagerbuche v. J. 1680: „solcher wird gedungen, und mit reinen Körnern bezahlt," vollkommen harmonirte, ließen ohne Zweifel auf ein bloßes Pachtverhältniß schließen, und die gedungenen, oder bedungenen reinen Körner waren mithin lediglich als ein jährliches, für den Naturalzehnten zu entrichtendes, Locarium zu betrachten. Die Bestimmung, daß der Zehnte, mit Rücksicht auf die jährlich gewachsenen Früchte gedungen werden sollte, schloß den Begriff eines Sackzehnten [1]) von selbst aus, weil der letztere stets in einer festen, unabänderlichen Abgabe an Gelde oder in Körnern, sackfallenden Getreide, besteht, ohne Rücksicht auf die Ergiebigkeit der, jährlich auf dem zehntpflichtigen Boden zu erzielenden Früchte. Der Ausdruck: Kornzehnte ist übrigens auch kein Beweis eines Sackzehnten [2]), am wenigsten in dem Falle, wenn der Zehnte ursprünglich in natura bezogen ist, und die vielen, von den Zehntpflichtigen späterhin angenommenen und von ihnen vollzogenen Pachtcontracte, worin ein abwechselndes, und steigendes Pachtgeld auf be-

1) a Pufendorf I. 111. II. 137. III. 132. Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 261.

2) Struben IV. 113.

stimmte Jahre stipulirt und entrichtet war, erwiesen es vollkommen, daß der von ihnen abzureichende Zehnte, kein Sack- sondern ein wahrer Zugzehnte war. Es mußte also dem Stifte die Befugniß eingeräumt werden, das bisherige Pachtverhältniß aufzurufen, und die Natural-Zehntziehung zu fordern [3]).

3) Pract. Erörter. III. 34. Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Cassel, herausgegeben von Pfeiffer, B. 1. Hannover 1818. nro. 8.

XLIV. Erörterung.

Von den Forstregistern, und in wie fern deren Edition von den Unterthanen gefordert werden kann.

Die jährlich aufgestellten Rechnungen, über die Einnahme und Ausgabe aus gewissen landesherrlichen (Amts) Forsten[1]), werden mit dem Namen der Forstregister bezeichnet. Außer dem erwähnten Gegenstande enthalten sie meistens auch eine Forst- und Jagd-Beschreibung, nebst der dazu gehörenden Holztaxe — Forstzins — Wildtaxe u. s. w.; die Forstbeschreibung besteht aus einer Angabe der Forstreviere, nach ihrer Lage, Größe, Grenzen, Grund und Boden, Holzbestand u. s. w.; ingleichen der darauf ruhenden Berechtigungen adlicher Güter, Stifter, Klöster, Communen, an Bau- Nutz- oder Brennholz, Weide, und anderer Servituten. Die Einrichtung dieser Forstregister ist ganz willkührlich in so weit, daß sie lediglich von der Bestimmung der Cameral-

1) Man theilt sie in Privative, worin überall keine, wenigstens keine Holzberechtigungen statt finden, und in Interessentenforsten. Unter den letztern versteht man aber keine Wälder oder Gehölze, an welchen adl. Gütern, Klöstern, Communen, und Unterthanen ein wirkliches Miteigenthum rechtlich gebührt, sondern meistens nur solche, in welchen sie mit gewissen Berechtigungen am Holzbestande, durch irgend einen Rechtstitel, interessirt sind. In der Forstsprache werden daher auch bloße Servitutberechtigte Forst- Wald- Holz-Interessenten, und dergleichen Gehölze Interessenten-Forsten genannt.

behörde abhängt[2]). Die Forstbeschreibung macht aber so wenig einen wesentlichen Theil derselben aus — in vielen Forstregistern ist sie nicht einmal anzutreffen — als die übrigen, gewöhnlich darin aufgenommnen Angaben, z. B. Wild- Holztaxen und dergl. Die Annotationen der verschiedenen Forst- und Waldberechtigungen in den Forstregistern geschahen in frühern Zeiten ganz einseitig, und sie beruhen daher theils auf unrichtigen, theils veralteten Angaben[3]) der Forstbedienten, und Beamten. Schon aus diesem Grunde können dergleichen Beschreibungen gar keine Beweiskraft haben. Sie sind aber auch lediglich ein Privateigenthum der Cameralbehörde, nach deren einseitigen Vorschriften sie eingerichtet wurden, und die Unterthanen können daher deren Edition nicht anders fordern, als wenn sie mit der gehörigen Förmlichkeit, und folglich mit Zuziehung der Berechtigten errichtet, aufgenommen, und hierdurch zu gemeinschaftlichen Urkunden geworden sind. Das O.A.Gericht verwarf daher im December 1818, in Sachen der Gemeinde Lauenberg w. das Forstamt Erichsburg, den Antrag der erstern auf Edition der Forstregister.

2) Daher soll z. B. nach einem Cammerausschreiben vom 24sten Jun. 1817 für die Zukunft die Forstbeschreibung aus den Forstregistern weggelassen, und jene nach bestimmten Regeln in allen Aemtern neu angefertigt werden. Meine Samml. der Hannöv. Landesgesetze Jahr 1817. S. 349 ff.

3) M. s. das allegirte Cammerausschreiben.

4) Pract. Erörter. I. 14. In wie fern die Forstregister beweistüchtig sind, bemerkt Struben I. 51. §. 2.

XLV. Erörterung.

Von der Verbindlichkeit der in Lehn- und Stammgütern erbfolgenden Söhne, die Facta ihrer Ascendenten zu prästiren.

Die Regel des gemeinen Rechts, vermöge welcher der Erbe, nach angetretener Erbschaft, verpflichtet ist, die Handlungen seines Erblassers zu erfüllen, und gelten zu lassen, kann nach den Gesetzen, und der Natur der Sache, nur auf solche facta anwendbar seyn, welche aus dem eigenthümlichen, dispositionsfähigen Nachlasse des Erblassers, oder dem selbsteigenen Vermögen des Erben zu leisten, und zu erfüllen sind [1]). Güter- und Vermögenstheile, worüber weder der Erblasser, noch der Erbe nach Gefallen und Willkühr disponiren können, die beide selbst nur ex pacto et providentia majorum besaßen, und besitzen; die sie ihren Erben und Nachfolgern auf eben die Weise wieder zu hinterlassen verpflichtet sind, wie sie solche selbst empfingen, und in welchen überall keine Universal-, sondern eine Singularerbfolge statt findet, wie es bei Lehn- Stamm- und Familienfideicommißgütern

1) L. 10. 15. 24. C. de donat. L. 31. D. u. L. 7. C. de liberali caussa. L. 14. C. de rei vindic. L. 14. C. de evict. L. 149. D. de reg. iur.

der Fall ist, sind jener Regel nicht unterworfen [2]). Nach den Dispositionen des gemeinen Lehnrechts [3]), welche verschiedene Provinciallehnrechte [4]) adoptirt haben, muß zwar der Descendent die Schulden seiner Ascendenten aus den Lehnsaufkünften bezahlen, und in so weit die Handlungen derselben prästiren. Aber diese, an sich schon singuläre, und der Natur der lehnrechtlichen Erbfolge gar nicht conforme Vorschrift, darf über die bestimmte Sanction nicht hinausgehn; mithin auf keine Feudalhandlungen, oder solche facta erweitert werden, welche das Lehn selbst, oder dessen Substanz afficiren. Der Sohn ist daher nicht schuldig, die vom Vater unternommne Veräußerung des Lehns unbedingt anzuerkennen [5]), oder eine unter den Lebendigen, oder von Todeswegen gemachte Verordnung gelten zu lassen, und genehm zu halten, wo-

2) weil. Oberappellationsrath Dr. Just. Lud. Bechtold. Böhmer in disp. de filio vasalli successore in feud. cap. 3. §. 12. Nettelbladt de successore ex pacto et provident. major. ad facta ultimi defuncti, licet ejus heres sit, non obligato c. 3. Sect. 1. §. 3. u. 11. Cramer observ. iur. n. 486 u. 1220. Westphal Lehnr. n. 9. §. 8. Pfeiffer Aufsätze aus dem Privatrechte n. 1. §. 7.

3) II. F. 45. von Kamptz Versuch über das Longobard. Lehnsgesetz II. F. 45. Gött. 1794. Weber Handb. des Lehnrechts §. 240. u. 296.

4) Meine Analecta iur. feud. Br. Lüneb. p. 52. u. 210.

5) Weber a. a. O. §. 275. ff. Pract. Erörter. II. 8. A. M. ist a Pufendorf I. 189. III. 146. IV. 39. Struben rechtl. Bedenken III. 50. welche überhaupt den, wohl nicht zu rechtfertigenden, Grundsatz aufstellen, daß die Nachkommenschaft des Lehnserwerbers nur alsdann Rechte am Lehn habe, wenn sie von deren Erblasser, durch Verträge, nicht aufgehoben wären.

durch der gesetzlichen Lehnsfolge Eintrag geschiehet, oder dieselbe abgeändert wird [6]). Auf die deutschen Stamm- und Familienfideicommißgüter lassen sich aber weder die Grundsätze des römischen, noch des longobardischen Lehnrechts, von der Verbindlichkeit des Erben, die facta des Erblassers zu prästiren, anwenden. Vermöge ihrer eingenthümlichen Natur und Beschaffenheit ist der Descendent ganz unverbunden, die das Fideicommiß oder Stammgut betreffenden Handlungen seiner Ascendenten anzuerkennen [7]). Er ist daher nicht schuldig, die von denselben vorgenommnen Theilungen, oder Veräußerungen zu genehmigen; die Schulden derselben zu bezahlen, oder irgend eine andere Fideicommißhandlung gelten zu lassen; vielmehr darf er die Allodialerbschaft seines Ascendenten ausschlagen, zur Fideicommißerbschaft allein greifen, und eine Absonderung des Stamm- und Fideicommißgutes vom Allodialgute verlangen [8]). Diese Grundsätze würden nur dann unanwendbar seyn, wenn entweder die Stammgüter zugleich Lehngüter [9]), oder die Dispositionen des Lehnrechts durch Particulargesetze [10]), auch auf

6) Struben a. a. O. Weber a. a. O. §. 296. Pract. Erörter. VI. 96.

7) Runde deutsches Privatrecht §. 695.

8) M. s. die Note 2. angef. Schriftsteller. von Moshamm Versuch einer Entwickelung der rechtl. Verhältnisse bei deutschen Geschlechts-Fideicommissen. München 1816. §. 45. ff. — Von Fideicommißschulden, derselbe §. 57.

9) Runde a. a. O.

10) Wie z. B. im Fürstenthum Osnabrück durch eine Verordnung vom 7ten Mai u. 8ten Jul. 1748, in Cod. const. Osnabrug.

die Fideicommisse, und Majorate ausdrücklich für anwendbar erklärt sind. Allein auch in den letztern Fällen beschränkt sich die Verbindlichkeit der Descendenten nur auf die Anerkennung und Bezahlung der väterlichen und altväterlichen Schulden aus den Fidicommißrevenüen, und sie läßt sich auf solche Anordnungen der Ascendenten nicht extendiren, welche die Substanz der Stamm- und Fideicommißgüter selbst betreffen. Der Sohn ist daher nicht verpflichtet, die Veräußerungen derselben zu genehmigen[11]), oder eine getroffene Abänderung in der bestehenden Erbfolgeordnung[12]) sich gefallen zu lassen. Zu der letztern ist ein Ascendent nur dann ermächtigt, wenn entweder die Erbfolge-Ordnung unbestimmt gelassen, oder er der letzte seines Stammes gewesen ist, der die Rechte der freien Disposition wieder genießt, welche der Fideicommißstifter und Stammvater selbst hatte[13]). Das höchste Tribunal urtheilte hiernach im Jun. 1816 in Sachen von Ledebur zur Mühlenburg, Appellanten, w. Benjamin von Ledebur, Appellaten, wegen Fideicommißerbfolge, auf nachfolgende Weise:

Th. 1. B. 2. S. 1142. Vergl. Klöntrup Handbuch B. 2. S. 12. u. B. 3. S. 379.

11) von Moshamm a. a. O. §. 46 ff.

12) Eine allgemeine und genau bestimmte Successionsordnung ist als lex familiae pragmatica zu betrachten. Hersemeier de fideicommissis etc. p. 7. Comes ab Ötting de fideicommissis fam. cap. 3. §. 17. Stryk de iure revocandi succ. in bonis famil. §. 43. Cramer obs. II. 485. Mellmann Selecta capita doctrinae de fideicommissis famil. p. 202, 207, 233 seqq.

13) Pütters Rechtsfälle I. 12. Brokes Select. Observ. XVI. 31.

Weise: Dieweil in dem Testamente des gemeinschaftlichen Stammvaters, Heinrich von Ledebur, vom letzten Febr. 1660, gar keine allgemeine und unabänderliche Successionsordnung für seine gesammte Nachkommenschaft festgesetzt ist, derselbe vielmehr seinen Söhnen es darin selbst überlassen hat, nach seinem Absterben sich über die Erbfolge in seinen unbeweglichen Gütern, und deren Annahme zu vergleichen; die testamentarische Verordnung des Clamor v. L., de 28sten Sept. 1680, aber eben so wenig eine solche bestimmte und allgemeine Erbfolgeordnung enthält, die darin befindliche Vorschrift vielmehr vorzüglich nur auf die Untheilbarkeit und Erhaltung des Guts Ahrenshorst bei dem Mannsstamme gerichtet gewesen, und überdies blos als ein, für die Linie seines zum Erben ernannten Bruders, Herrmann v. L. gegebenes particulaires Familienstatut zu betrachten, folglich auf die erwähnte, nachmals erloschene Linie beschränkt gewesen ist; Sonach aber der Urgroßvater beider Theile in seiner Eigenschaft als erster Acquirent des Stamm- und Fideicommißguts Ahrenshorst für seine Linie, und als letzter aller von seinem Großvater, Heinreich v. L. abstammenden Linien, mithin als neuer Stammvater des gegenwärtigen v. L. Geschlechts, Kraft der ihm zugestandenen Atonomie, und väterlichen Gewalt, allerdings befugt war, vermittelst eines universellen Familienstatuts die Successionsordnung in den, in seiner Person vereinigten Stamm- und Fideicommißgütern, unter seinen Descendenten und Nachkommen, näher zu reguliren und zu bestimmen; Und dann in dessen am 2ten Febr. 1726 errichteten Testamente ausdrücklich verordnet ist, daß bei dem jedesmaligen Abgange eines possessoris, ohne ehemännliche Leibeserben, das Gut Mühlenburg dem ältesten Agnato in der ältesten Linie; das Gut Ahrenshorst aber der jüngsten Linie eröffnet, und anheimgefallen seyn solle; aus diesem festgesetzten, auch von des

Appellanten Ascendenten befolgten ordine succedendi aber von selbst folgt, daß die Succession in das Gut Ahrenshorst der ältern, oder Mühlenburger Linie nicht eröffnet werden, oder anheim fallen kann, so lange noch ein ehemännlicher Descendent der jüngern oder Ahrenshorster Linie vorhanden ist; mithin der von Heinrich von L. in seinem Testamente de 1726 festgesetzten Erbfolgeordnung gemäß, der Appellat Benjamin von L. für den einzigen und nächsten Fideicommißerben des Guts Ahrenshorst allerdings zu erklären ist; so u. s. w.

XLVI. Erörterung.

Die Descendenten eines Vasallen sind ohne Unterschied des Grades verbunden, die Allodialschulden desselben aus den Lehnsaufkünften hülfsweise zu bezahlen.

Nach der Natur altväterlicher Lehen, und der darin statt findenden Singularsuccession ist der Lehnsfolger, als solcher, weder die Feudal- noch Allodialhandlungen seiner Lehnsvorfahren zu prästiren schuldig. Dieser Regel gemäß sollten auch die Descendenten unverbunden seyn, die facta allodialia ihrer Ascendenten, welchen sie im Lehn folgen, anzuerkennen und zu erfüllen. Aber das Gemeine[1]), und unser Provinciallehnrecht[2]) derogiren dieser Regel. Sie bestimmen: der Sohn soll Erbe seines Vaters werden; er soll das onus hereditarium — worunter Alles begriffen wird, was der Vater selbst prästiren konnte

1) II. F. 45. bestätigt II. F. 51. §. 4. von Kampß Versuch über das longobardische Lehnsgesetz II. F. 45. Gött. 1794. Pirner disp. in II. F. 45. Traj. cis Viadr. 1788. Zeperniek Repert. iur. feud. p. 179.

2) Meine Analecta iur. feud. Br. Luneb. p. 52. 219. u. 316. Meine Beitr. zum Braunschw. Lüneb. Lehnrechte S. 116 ff. u. S. 172. f.

und durfte — übernehmen; er soll dessen Allodialerbschaft nicht repudiiren, und die Lehnerbschaft allein annehmen dürfen. Doch soll es ihm unverwehrt seyn, Lehn und Erbe zugleich auszuschlagen, und, mit der Agnaten Consens, die Belehnung vom Lehnherrn ex nova gratia auszuwirken. Unter dem Ausdrucke: onus vel debitum hereditarium versteht der Feudist hier hauptsächlich nur das sogenannte aes alienum, Allodialschulden, und setzt dasselbe den debitis et oneribus feudalibus, so wohl den absoluten, als relativen entgegen [3]). Der succedirende Agnat, wenn er nicht zugleich Allodialerbe seines Lehnsvorfahren geworden ist, wird von der Verbindlichkeit, das onus hereditarium zu übernehmen, freigesprochen; er kann die Allodialerbschaft repudiiren, und hat in dem Falle nicht nöthig, feudi nomine, d. i. als bloßer Lehnsfolger, etwas von den Allodialschulden seines verstorbenen Agnaten zu bezahlen.

Ohne Zweifel enthalten die Lehnstexte legem correctoriam et singularem, indem sie eine, die allgemeinen Grundsätze des Lehnrechts abändernde, und davon abweichende, den lehnsfolgenden Descendenten nachtheilige Bestimmung enthalten. Viele Rechtslehrer [4]) erklären sie aus diesem Grunde also einschränkend, wie sie denselben am wenigsten beschwerlich werden kann. Sie wollen daher die gesetzliche Disposition entweder nur auf Neu- und

3) Damit harmoniren auch unsere Landesgesetze, indem sie von bekenntlichen Schulden, dem onere aeris alieni u. s. w. reden. Declaration vom 29sten Mai 1612, die Verpfändung der der Lehngüter betr. Calenb. Canz. Ordn. Tit. 26. §. 16. Oberappellat. Ger. Ordn. Th. 2. Tit. 15. §. 25.

4) Pirner a. a. O. §. 11.

Erblehn, oder bloß auf die Söhne einschränken, die unmittelbar ihrem Vater, Groß- oder Aeltervater im Lehn folgen, und dann für ganz unanwendbar halten: wenn der Sohn aus rechtmäßiger Ursach enterbt ist; wenn gar keine Allodien, und doch solche Schulden vorhanden sind, wofür das Lehn nicht haftet; wenn auf den Descendenten die Allodial- und Feudalerbschaft nicht zugleich devolvirt wird, derselbe mithin das Lehn nicht unmittelbar durch den Tod seines Ascendenten, sondern erst durch den Ausgang einer andern ältern, wenn gleich ebenfalls von demselben abstammenden Linie, erhalten hat u. s. w.[5]). Daß die Lehnstexte bloß von Uebernahme und Bezahlung der Allodial- und Geldschulden zu verstehn, und mithin auf Feudalhandlungen nicht auszudehnen sind, welche ein Ascendent, gegen die Vorschriften des Lehnrechts, unbefugter Weise mit dem Lehn und dessen Substanz, durch Veräußerung[6]), Enterbung, testamentarische Disposition, einseitig abgeänderte Lehnfolgeordnung, ungleiche Theilung[7]) u. s. w. vorgenommen hat, leidet keinen Zweifel. Hierin ist durch jene Lehnstexte gar nichts abgeändert. Aber in Beziehung auf die Bezahlung der Allodialschulden, das debitum hereditarium, kann man die vorhin bemerkten Einschränkungen nicht für gegründet erklären, wenn man den Grund, die Absicht und den Zweck des Gesetzes nicht gänzlich bei Seite setzen will. Derselbe besteht darin[8]):

5) M. s. über alle diese Fälle Weber Handb. des Lehnrechts §. 140.

6) Die Praxis giebt den Descendenten das ius revocandi feudum ab ascendente alienatum restituto pretio. Pract. Erörter. II. 6.

7) Pract. Erörter. VI. 96.

8) Böhmer princ. iur. feud. §. 140.

„daß durch Bezahlung der Schulden die Familienehre überhaupt erhalten, und der Gläubiger nicht betrogen werden soll, welcher geborgt hat, ohne unterscheiden zu können, was zu des Schuldners Lehn, oder Erbe gehört[9])." Man kann also nicht annehmen, daß bloß die Ehre und der gute Nahme des Vaters, und nicht auch zugleich des Großvaters, Eltervaters u. s. w, welche die Allodialschulden contrahirten, habe gerettet, und, unter dem Sohn, nicht auch zugleich der Enkel, Urenkel u. s. w. verstanden werden sollen[10]). Die Verordnung paßt nach ihrem Zwecke auf alle As- und Descendenten ohne Unterschied ihres Grades. Ob aber die letzteren unmittelbar, oder erst nach dem Abgange einer ältern Linie[11]), ihren Ascendenten succediren, kann für die Allodialgläubiger, welche dem gemeinschaftlichen Stammvater und Ahnherrn creditirten, von keinen nachtheiligen Folgen seyn. Unter mehrern Söhnen sind die Lehn- und Allodialschulden ipso iure getheilt, und indem sie die väterliche Allodialerbschaft zugleich mit dem Lehn antreten, folglich Erben seyn müssen, schließen sie mit den Gläubigern auch einen

9) Damit stimmen auch unsere Landesgesetze überein, wenn sie bemerken, daß, falls den Gläubigern die Hülfe in die Lehnsrevenüen nicht ertheilt würde, diejenigen, so unter Treu und Glauben dem Lehnsbesitzer das Ihrige aufgehenget, um ihre ganze Wohlfahrt kommen könnten. M. vergl. Note 2. u. 3.

10) L. 201. u. 222. §. 1. D. de verb. signif. II. F. 11. Verordnung vom 24sten Mai 1822 in der Gesetz-Sammlung J. 1822 S. 123.

11) Die eigenen Schulden der ausgegangenen Linie hat der Lehnsfolger, in seiner Eigenschaft als Agnat derselben, feudi nomine, nicht zu bezahlen, wenn er deren Allodialerbe nicht geworden ist, oder es nicht seyn will, und dergleichen Schulden nicht mit consentirt hat.

Quasicontract, die Schulden ihres gemeinschaftlichen Ascendenten und Erblassers zu übernehmen, und zu bezahlen. Diese Verbindlichkeit geht auf alle ihre Descendenten über, welche zur Schuldentilgung ihres Ascendenten gleich stark verpflichtet sind, und in so fern die Gläubiger dem Lehnsannehmer nicht etwa speciell traueten, vielmehr ihre Forderungen absque novatione et sub priori nexu stehn ließen [12]), müssen alle Descendenten desselben dafür haften. Die unter den Söhnen des schuldnerschen Vasallen beliebte Civillehnstheilung, oder eine durch Gesetze, Herkommen und Familienverträge eingeführte besondere Lehnsfolgeordnung, vermöge welcher das Lehn, und der Besitz desselben, nur auf einen der Descendenten und dessen Linie gelangt, kann aber keine Veranlassung geben, die Abkömmlinge der andern Linien, welche erst nach dem Ausgange der erstern zur Succession gelangen, von der Anerkennung und Uebernahme der Schulden ihres gemeinschaftlichen Stammvaters und Erblassers zu befreien. Die Civiltheilung des Lehns, unter den Söhnen, oder die eingeführte specielle Lehnssuccessions-Ordnung — Primogenitur, Majorat — geschiehet ganz einseitig, und ohne Concurrenz der Gläubiger. Die Letztern können sie nicht hindern, und sie muß ihnen also auch unschädlich seyn; weil sonst der Grund des Gesetzes hierdurch ganz unwirksam gemacht, und den Creditoren die Wohlthat entzogen werden würde, welche das Gesetz ihnen hat verleihen wollen.

Der Fall, daß die Descendenten des gemeinschaftlichen Stammvaters und Erblassers von dessen Allodialnachlasse gar nichts erhalten, wird wenigstens bei Lehngütern, von einiger Bedeutung, kaum eintreten; weil sich

12) Die bloße Annahme der, vom besitzenden Vasallen jährlich bezahlten Zinsen enthält an sich keine Novation.

dabei meistens Gebäude, die nur selten selbst lehnbar sind, und andere Allodialien [13]) befinden, die von einem Descendenten auf den Andern, von einer Linie auf die andere übergehn. Aber, wenn auch der Descendent nichts von dem Allodialnachlasse seines Ascendenten erhält, z. B. er verstirbt mit Hinterlassung eines Concurses, oder er hinterläßt gar kein Allode, muß er dennoch dessen Schulden anerkennen, und übernehmen; weil die Allodial- und Lehnfolge dergestalt mit einander gesetzlich verbunden ist, daß die Descendenten allgemein dadurch verpflichtet werden, nicht bloß aus dem väterlichen, oder vorväterlichen Allodialnachlasse, sondern auch aus ihrem eigenen Vermögen, wozu die Lehnsfrüchte gehören, die Schulden ihrer Ascendenten, welche das Lehn besessen haben [14]), zu bezahlen. Selbst die Antretung der Erbschaft cum beneficio inventarii [15]) befreiet sie nicht, die Ascendentenschulden, mit Vorbehalt einer angemessenen Competenz, aus den Lehnsaufkünften zu tilgen [16]). Sollte der Mangel an ererbten Allode die Descendenten von der Bezahlung der Schulden

13) Pract. Erörter. III. 17. Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 399 ff.

14) Daher braucht der Sohn, wenn er erst nach dem Absterben seines Vaters, dessen Erbe er nicht geworden ist, seinem Großvater in das Lehn succedirt, des Vaters Schulden nicht zu bezahlen; weil auf denselben die Lehnsfolge nicht devolvirt war. a Globig de rebus dubiis in iure feudali p. 117. Weber a. a. O. Th. 3. S. 442. u. Th. 4. S. 578. Verordnung vom 24sten Mai 1822, in der hannov. Gesetz-Samml. J. 1822. S. 123.

15) Böhmer l. c. §. 313. Weber a. a. O. §. 140. u. 313.

16) Unsere Landesgesetze reden daher nicht bloß von väterlichen, sondern auch von alten, oder altväterlichen Schulden. O. A. G. Ordn. Th. 2. Tit. 16. §. 26. Pract. Erörter. VI. S. 520.

Schulden befreien, wofür das Lehn nicht haftet, so könnte vielleicht mancher Ascendent, zur Umgehung der Lehnstexte, sich veranlaßt finden, gar kein Allodium nachzulassen, und nach dem Mangel desselben, als einer Wohlthat für seine Descendenz, streben. So wenig übrigens der Richter Gründe der Convenienz, oder um der Politik ein Compliment zu machen, bei seinen Entscheidungen berücksichtigen darf, so kann er sie doch sodann, ohne Verletzung der Richterpflicht, mit consideriren, wenn das Gesetz selbst, wie es hier wirklich der Fall ist, nur von politischen Rücksichten ausgeht; denn die Erhaltung der Familienehre und des Credits haben diese singuläre Verordnung allein dictirt. Wollte man nun die Ausnahmen, welche die Rechtsgelehrten davon machen, und deren Opinionen gelten lassen, so würde, in den meisten Fällen, Ehre und Credit zu Grunde gehn, und den Gläubigern die Wohlthat genommen werden, welche das Gesetz ihnen gab. Kein Vasall würde in dringenden Fällen leicht ein Anlehn erhalten, und bei dessen Tode müßten alle vorsichtigen Gläubiger ihre Capitalien kündigen, die sie sonst in den Gütern stehn ließen, um den, durch das unbeerbte Ableben des Lehnsbesitzers, und den Uebergang des Lehns in eine andere, wenn gleich von dem gemeinschaftlichen, schuldnerischen Erblasser abstammenden Linie, möglichen Verlust derselben von sich, oder ihren Nachkommen abzuwenden, und zu retten, was zu retten war. Durch solche Operationen müßte der Zweck der Gesetze gänzlich verloren gehen, und daher hat das höchste Tribunal, angewiesen, nicht nach den bloßen opinionibus Doctorum, sondern nach dem Zwecke und der Absicht der Gesetze zu entscheiden, nach der Vorschrift des Gemeinen- und Provinziallehnrechts, in seinen bisherigen Urtheilssprüchen die Descendenten für schuldig erklärt, die Allodialschulden ihres gemeinschaftlichen Erblassers und

Lehnsvorfahren zu bezahlen, ohne auf die obigen Ausnahmen zu achten.

Ein gewisser Jo. Georg von Beesten ward im Jahr 1699 wegen angeerbter, und eigener Schulden veranlaßt, sein vom Stifte Herford[17]) relevirendes Lehngut Obercamp dem von Kerssenbrock, gegen ein bedeutendes Darlehn, mit lehnsherrlichem Consense, antichretisch zu verpfänden. Er verstarb 1705 mit Hinterlassung zweier Söhne, Hermann Adrian, und Nicol. Reinbert. Der älteste[18]) nahm das Gut an, und empfing die Belehnung, konnte aber so wenig, als seine beiden Söhne, Eberhard Christoph, und Hermann Dieterich, durch Wiedereinlösung, zum Besitze desselben gelangen. Im Jahr 1762 erlosch, mit dem Tode des Herrmann Dieterich, die ältere von Beestensche Linie, und die zweite, von Nicol. Reinbert, abstammende Linie kam zur Lehnssuccession in das Gut Oberkamp. Dessen Sohn, Ernst Heinrich, ward mit dem Gute beliehen, und betrieb die Reluition und Abtretung desselben gegen den von Kerssenbrock beim vormaligen Reichscammergericht. Seine Tochter, Louise verehl. Sack, setzte den Proceß fort, und agnoscirte zwar die lehnsherrlich consentirten Schulden ihres Urgroßvaters, Jo. Georg von Beesten; wollte aber die übrigen hypothecarischen Allodialschulden desselben und seiner Ascendenten vorzüglich deshalb nicht anerkennen, weil kein Allode ihres Urgroßvaters vorhanden sey, wenigstens sie, und ihre unmittelbaren Ascendenten nichts davon erhalten hätten, und die Lehnsfolge nicht immediat von demselben, sondern erst durch den Ausgang der älteren Linie auf sie devolvirt sey.

17) Die Lehen des vormaligen Stifts Herford sind Kunkellehne.

18) Im Fürstenthum Osnabrück folgt der Regel nach der älteste Sohn im Lehn. Klöntrup. Handb. voc. Lehn.

Das erste, nach Auflösung der Reichsgerichte, zu Osnabrück abgegebene Erkenntniß sprach sie auch von der Anerkennung und Bezahlung der urgroßväterlichen Allodialschulden frei; aber das höchste Tribunal reformirte dasselbe am 1sten Febr. 1819, in Sachen von Kerßenbrock, wider Louise von Beesten, verehl. Sack, auf folgende Weise: Weil Appellatin auf die Lehnsfolge nur dann Anspruch zu machen befugt ist, wenn sie die von ihrem Ahnherrn, Jo. Georg von Beesten, und dessen Lehnsvorfahren in aufsteigender Linie contrahirten Allodialschulden aus den Lehnsaufkünften zu bezahlen übernimmt, wenn ihr auch sonst von dessen Allodialnachlasse überall nichts zugekommen wäre; sie aber dazu um so mehr im vorliegen- Falle verpflichtet ist, da sie sogar im gegenwärtigen Processe die, auf dem Gute Obercamp theils noch vorhandenen, theils ehemals darauf gestandenen Gebäude, und dergleichen unstreitige Allodialstücke in Anspruch nimmt; so ist in so weit vom vorigen Richter übel gesprochen und wohl appellirt; mithin die Appellatin, als Descendentin des Jo. Georg von Beesten, die von demselben, und dessen Lehnsvorfahren in aufsteigender Linie herrührenden Allodialschulden anzuerkennen, und die von demselben constituirten Generalhypotheken zu honoriren verpflichtet. Nach völlig gleichen Grundsätzen hat dieser höchste Gerichtshof am 29sten März 1820 in Sachen von Cloed c. Lipper, wegen Revocation der Alt-Langenschen Lehen; und am 23sten December 1820, in Sachen der Eingesessenen zu Harrenstette c. von Scheffert, wegen Einlösung eines versetzten Zehntens, erkannt.

XLVII. Erörterung.

Von der vertragsmäßigen Erbfolge der Wittwe eines kinderlos verstorbenen Meiers, und deren Beerbung, in Hinsicht der Meiergüter des Fürstenthums Lüneburg.

Lehn- und Meiergüter sind ihrer Natur und Beschaffenheit nach so wesentlich von einander verschieden, daß man die, bei den erstern statt findende Singular-Intestaterbfolge, ex pacto et providentia majorum, auf die letztern nicht anwenden kann [1]). Zwar hat man früherhin nicht selten die entgegengesetzte Meinung, und den Grundsatz in den gerichtlichen Entscheidungen angenommen, daß alle, von dem ersten Erwerber einer Meierstelle nicht abstammenden Verwandten, von der Succession in die Meiergüter des Fürstenthums Lüneburg auszuschließen wären [2]). Aber nach der neuesten Praxis des Oberappellatiosgerichts ist diese Meinung, aus weit überwiegendern rechtlichen Gründen aufgegeben, und angenommen, daß bei den Meiergütern in der erwähnten Provinz die Intestaterbfolge nach der Disposition des gemeinen Rechts zu reguliren, und zu bestimmen sey [3]). Es kann also auch die hinterbliebene Wittwe eines, ohne Descendenz verstorbenen Meiermannes, der mit gutsherrlicher Einwilligung die Erbfolge durch die übliche Regel: Längst Leib,

1) de Selchow disp. de different. praedior. rustic. et feudor. praesertim quoad success. in ei. elect. iur. germ. n. 7.

2) Pract. Erörter. II. 33.

3) Pract. Erörter. V. 33. §. 6.

längst Gut zugesichert ist, mit Ausschluß der Ascendenten, Brüder, Schwestern, deren Kinder, und entferntern Collateralen ihres verstorbenen Ehemannes, zur Succession in das Meiergut desselben gelangen. Die Beerbung der succedirenden Wittwe geschiehet sodann nach den Regeln der gemeinrechtlichen Intestaterbfolge, und der Gutsherr kann der dadurch zur Succession berufenen Person die Bemeierung nicht anders versagen, als wenn er etwas Erhebliches, eine Untüchtigkeit derselben zur Administration des Meiergutes involvirendes, gegen sie einzuwenden hat. Daß aber die weitere Beerbung der Wittwe ab intestato, durch Verträge, oder andere, die Erbfolge derselben bestimmenden Dispositionen, wozu die gutsherrliche Einwilligung ertheilt ist[4]), abgeändert oder beschränkt, werden kann, versteht sich ganz von selbst.

Durch das Erfolgerecht, oder die Successionsfähigkeit allein, wird indeß die Meierfähigkeit noch nicht begründet. Neben der erstern, welche von der gutsherrlichen Willkühr ganz unabhängig bleibt, ist zu der letztern auch die Tüchtigkeit der zur Erbfolge berufenen Person, dem Meiergute gehörig vorzustehn, und die darauf haftenden Prästanda zu prästiren, wesentlich nothwendig und erforderlich. Nur unter dieser Voraussetzung wird das Erbrecht erst wirksam. Dem weiblichen Geschlecht steht aber eine natürliche Untüchtigkeit entgegen, und sie werden daher nur durch Verheirathung mit einem, zur Bewirthschaftung und Regierung des Hofs tüchtigen Colono meierfähig[5]). Können, oder wollen sie den Hof nicht befreien, so sind sie auch unstreitig von der Succession in der Meierstelle ausgeschlossen, und sie können sodann ihr Erbrecht an derselben auch nicht auf ihre nächsten Intestaterben transmitti-

4) Pract. Erörter. VI. S. 470.

ren; vielmehr gelangt sodann derjenige zur Erbfolge, welcher zur Succession gekommen seyn würde, wenn die Erbfolgerin nicht existirt hätte. Jedoch dürfte hiervon, in Absicht der succedirenden Wittwe, in den Fällen billig eine Ausnahme zu machen seyn, wenn sie, wegen ihres erreichten Alters zu keiner andern ehelichen Verbindung mit einem tüchtigen Colono schreiten kann, oder durch den Tod, während des Trauerjahrs daran verhindert ward. In Erwägung dieser Rücksichten erkannte das O. A. Gericht am 1sten Febr. 1819 in Sachen Timmroth, Namens seiner Ehefrau geb. Marquard, wider Runge, in pto. eines Meierhofes: Wenn gleich das Testament der Rungenschen Eheleute vom 20sten März 1808, wegen mangelnder gutsherrlichen Genehmigung, der in demselben über den fraglichen Meierhof zu Bosse getroffnen Disposition, die Klage des Appellaten zu elidiren nicht vermag; Nachdem jedoch durch die, in der unter gerichtlicher, und gutsherrlicher Genehmigung errichteten Ehestiftung der Rungeschen Eheleute, vom 31sten Mai 1780, festgesetzte Regel, Längst Leib, längst Gut, der fragliche Hof auf die längst lebende Wittwe des Cord Friedrich Runge, auf eine völlig rechtsbeständige Weise vererbt, und transferirt ist, und dadurch die, auf ein Intestaterbrecht an dem Nachlasse seines Bruders, Cord Friedrich Runge, sich lediglich gründenden Ansprüche des Appellaten gänzlich ausgeschlossen werden; so ist übel gesprochen und wohl appellirt, mithin Sententia a qua aufzuheben, und dahin zu reformiren, daß Appellat mit der auf Herausgabe des Rungenschen Hofes gerichteten Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen sey.

5) Erörterungen pro. 40.

XLVIII. Erörterung.

Der unschuldige Ehegatte kann von den condonirten Ehescheidungsgründen zur Unterstützung einer neuen Scheidungsklage Gebrauch machen, welche aus Scheidungsursachen, die nach der Versöhnung erfolgt sind, erhoben wird.

Eine an sich gegründete Ehescheidungsklage wird durch den Beweis der Einrede der Versöhnung — Condonation, Reconciliation — elidirt, sie mag ausdrücklich, oder stillschweigend geschehen seyn [1]). Welche Verhältnisse und bestimmte Handlungen auf eine, unter den Ehegatten stillschweigend erfolgte Aussöhnung schließen lassen, bleibt allezeit der Beurtheilung und Prüfung der Richter überlassen; weil hierbei immer nur Thatfragen zu lösen sind. Das bloße fortgesetzte Zusammenwohnen der Eheleute; ihr äußerliches Benehmen gegen einander, in gesellschaftlichen Zirkeln und zu dritten Personen, und ein anständiges öffentliches Betragen — besonders machen gebildete Frauen gewiß nie das Publicum zum Vertrauten, oder Zeugen ihrer Leiden, und unglücklicher ehelichen Verhältnisse! — kann nur dann für eine Aussöhnung beweisend seyn, wenn es von solchen

1) Cap. 4. X. de donat. inter vir. et ux. c. 25. X. de jurejur.

unzweideutigen Umständen begleitet ist, welche eine Vergessenheit des Vergangenen, die Herstellung ehelicher Harmonie, und Einigkeit vermuthen, und es erkennen lassen, daß der unschuldige Theil die Fortsetzung des Ehebandes, der Trennung desselben vorziehen wollte. Ein sprechender Beweis, und das sicherste Zeichen der Versöhnung liegt allemal in der freiwilligen ehelichen Beiwohnung mit dem schuldigen Theile. Nur ist dabei, in Beziehung einer begangenen Untreue, allemal vorauszusetzen daß der unschuldige Ehegatte Gewißheit und Ueberzeugung von dem Treubruch des andern gehabt hat, weil sonst eine Verzeihung nicht gedenkbar ist[2]).

Unstreitig liegt in jeder Versöhnung ein Verzicht auf die vorhergegangenen Beleidigungen und Ursachen, welche eine Ehescheidung rechtlich bewirken konnten. Aber die Wirkung dieser Verzichtleistung ist doch nicht so weit auszudehnen, daß der unschuldige Theil gar keinen Gebrauch mehr von den condonirten Ehescheidungsursachen machen dürfte, wenn der andere Ehegatte z. B. die Untreue, und lasciven Handlungen continuirt, oder seine Sävitien fortsetzt. Der Natur der Sache nach ist hier jede Versöhnung, durch die Hoffnung und Erwartung bedingt, daß der schuldige Theil dadurch zu einem bessern Betragen veranlaßt werden, und von seinen Beleidigungen ablassen soll. Täuscht er diese gerechten Erwartungen des unschuldigen Ehegatten, setzt er sein treuloses, oder grausames Betragen gegen den andern fort, so kann diesem die Verzichtleistung kein Hinderungsgrund seyn, auch von den frühern, condonirten Beleidigungen bei einer neuen Klage Gebrauch zu machen, und sich derselben zur Erreichung einer

2) Leyser Sp. 313. m. 10. seq. Schott Eherecht S. 533.

einer völligen Scheidung mit zu bedienen. Oft ist freilich die neuere, oder spätere Beleidigung an sich, wenn man sie ganz allein, und isolirt aufstellt, nicht von der Art, die Ehescheidung zu erreichen; aber in Verbindung mit den frühern Handlungen kann sie allerdings dazu genügen. Vorzüglich tritt dieser Fall bei Ehescheidungsklagen wegen Sävitien, und vermutheten Ehebruchs ein. Hier muß der Richter aus allen erwiesenen Thatsachen die Handlungsweise des schuldigen Gatten bestimmen, und aus dem Totaleindrucke und Zusammenflusse derselben beurtheilen, ob hinlängliche Gründe zur Scheidung vorhanden sind, oder nicht, und zu dem Zwecke auch die frühern Handlungen mit in Consideration ziehen, welche der unschuldige Ehegatte vorhin ausdrücklich oder stillschweigend verziehen hatte. Das O. A. Gericht hat nach diesen Grundsätzen, am 5ten Febr. 1819, in Sachen Heins w. dessen Ehefrau, geb. Dangers, in pto. divortii erkannt.

XLIX. Erörterung.

Ehescheidung auf den Grund eines präsumtiven Ehebruchs.

Nicht bloß wegen eines wirklich, und absichtlich vollbrachten, sondern auch wegen eines nur versuchten Ehebruchs, oder anderer Unkeuschheiten kann die Ehe getrennt werden [1]). Wird der beklagte Theil nicht völlig überwiesen, so sind auch Vermuthungen, welche auf Gründen hoher Wahrscheinlichkeit beruhen, zur Aussprechung einer gänzlichen Scheidung hinreichend *). Diesen Grundsatz mußte die Gesetzgebung annehmen, weil das Factum des Ehebruchs an sich keine Spuren zurückläßt, in dem Geheimniß oft dessen größter Reiz besteht, und eben daher nur selten Augenzeugen, und schriftliche Beweise darbietet. Welche besonderen Verhältnisse und Thatsachen aber auf einen begangenen Ehebruch wirklich schließen lassen, darüber konnten die Gesetze nur Beispiele geben — wie es auch im Päbstlichen [2]), und Römischen [3]) Rechte geschehen

1) Schott Eherecht §. 220. Böhmer J. E. P. lib. 4. tit. 19. §. 29.

*) Böhmer l. c. §. 27. Leyser Sp. 313. m. 1. seqq.

2) Cap. 12. X. de praesumt.

3) L. 8. §. 3. C. de repudiis: Nicht alle darin allegirten Kennzeichen passen auf unsere jetzigen Sitten und Gebräuche. Die L. 20. seqq. D. ad Leg. Jul. de adult. L. 4. C. eod. und Nov. 117. c. 15. handeln nicht von dem Beweise des Ehebruchs in einer

ist — aber keine allgemein ausreichende Aufschlüsse ertheilen. Dem prüfenden Ermessen des Eherichters bleibt daher allezeit die Auflösung der factischen Frage überlassen: ob die articulirten, bestimmten und erwiesenen Anzeichen dringend genug sind, um daraus auf einen begangenen Ehebruch zu schließen?

Nicht jede Verletzung des Anstandes, und der Schicklichkeit, Leichtfertigkeit in Rede und That, wenn die letzteren nicht in unkeusche Vertraulichkeiten übergehen, und ausarten, sind dazu hinreichend; aber alle und jede, aus einem lasciven, ausschweifenden Lebenswandel, und ex morum impuritate des angeschuldigten Theils entlehnte, auf eine Verletzung der ehelichen Treue sehr dringend hindeutende, und erwiesene Facta genügen zum Beweise eines adulterii praesumti, wie vom höchsten Tribunale, am 5ten Febr. 1819, in Sachen Heins w. dessen Ehefrau, in pto. divortii, angenommen und erkannt ist. Sind dergleichen Umstände, auf welche sich die Vermuthung stützt, nicht hinlänglich dargebracht, und z. B. wegen Singularität der Zeugen, oder aus andern Gründen nicht völlig erwiesen, so ist dem Kläger, über die Wahrheit der articulirten Thatsachen, der Erfüllungseid, zur Ergänzung des Beweises, aufzuerlegen [4]).

Divortionsklage, sondern von der, dem Vater und Ehemanne gestatteten Privatrache.

4) Hommel Rhaps. qu. obs. 487. Pract. Erörter. VI. 30.

L. Erörterung.

Von der Annullation einer Ehe, wegen Unvermögens zum Beischlaf.

Personen, männlichen oder weiblichen Geschlechts, welche zum Beischlaf absolut unfähig sind — natura impotentes[1]) — können keine wirksame, und dem Staate nützliche Ehe schließen[2]). Bloßes Unvermögen zur Zeugung ist nicht immer eine Folge des Unvermögens zum Beischlafe, und daher kann auch die Unfruchtbarkeit weder ein Ehehinderniß, noch ein Scheidungsgrund seyn. Ist das Unvermögen des einen Ehegatten zum Beischlaf[3]) schon vor der Ehe vorhanden gewesen, und der andere hat

1) Cap. 1. 2. 3. X. de frigidis et malefic.

2) Verheirathen können sich auch alte, zur Zeugung nicht mehr fähige Leute. Cap. 4. X. de frigidis. L. 27. C. de nupt. Püttmann de nuptiis Senum. Hal. 1782.

3) Ohne Unterschied, ob die Impotenz absolut, oder relativ ist, d. h. nur in Beziehung auf den andern Ehegatten. Metzger gerichtl. Arzeneiw. §. 482. Wernher P. 1. obs. 392. Die Vorschrift des Canonischen Rechts, (c. 2. C. 33. qu. 1. c. 7. X. de Sent. et re iudic. c. 1. 5. 6. X. de frigid.) daß der unvermögende Theil die erste Ehe wider beginnen müste, wenn er in der Folge potent erfunden, oder eine nimis arcta, ex post satis ampla geworden seyn würde, ist als sittenwidrig nicht zu beachten.

nichts davon gewußt[4]), so ist die Eheverbindung, auf Verlangen desselben, für null und nichtig zu erklären. Ist aber die Impotenz erst während der Ehe entstanden, ohne dieselbe absichtlich veranlaßt zu haben[5]), so begründet diese Calamität keine Ursache zur Scheidung.

Wrd dieEhe von einem Ehegätten, wegen Unvermögens angefochten, oder beschuldigen sich beide gegenseitig der Impotenz, so ist das bloße Geständniß derselben zum Beweise nicht hinreichend; vielmehr muß das allegirte Unvermögen durch eine, vom Ehegerichte anzuordnende Besichtigung, durch sachverständige Aerzte, erwiesen werden[6]). Ergiebt der Befund, und das Urtheil derselben ein, in organischen Fehlern, Anomalien, oder Monstrositäten der Geschlechtstheile liegendes, unheilbares Beischlafsunvermögen, so wird die Ehe sogleich für null und nichtig erklärt. Zeigt hingegen der Befund der Aerzte, und ihr darauf gestütztes Gutachten, nur ein heilbares Impediment des Beischlafs, welches ohne Gefahr für Leben und Gesundheit durch eine chirurgische Operation leicht gehoben werden kann; oder die Aerzte sind zweifelhaft und ungewiß über das Daseyn der Impotenz selbst, und ob sie dauernd, oder nur temporell seyn wird; so darf die Ehe nicht sogleich annullirt und getrennt

4) Nach Cap. 4. X. de frigidis kann nicht auf Annullation geklagt werden, wenn sich Jemand wissentlich mit einer impotenten Person verheirathet hat. Einige Canonisten behaupten indeß das Gegentheil. Kees Kirchenrecht §. 74. Hommel princ. iur. eccl. c. 19. §. 14. Kestner ad Deylingium p. 587.

5) In diesem Falle ist die Ehe auf Verlangen zu trennen. Wernher P. 2. obs. 392. P. 3. obs. 56. Pract. Erörter. VI. 31.

6) cap. 4. 14. X. de probat. cap. 3. u. 6. X. de frigid.

werden; vielmehr muß der beklagte Theil entweder dem Versuche der Heilung des Hindernisses sich unterwerfen[7]), oder der klagende Theil das gesetzliche experimentum triennii[8]) sich gefallen lassen, wenn die Ehegatten, — von Zeit der Hochzeit an- und die Zeit der etwanigen Trennung derselben abgerechnet — noch keine drei volle Jahre mit einander in der Ehe gelebt haben[9]). Ist nach Ablauf dieser Zeit das, den Beischlaf hindernde Uebel noch nicht gehoben, so wird die Eheverbindung nach Ableistung des Impotenzeides, auf Verlangen des Klägers, annullirt, und die Nichtigkeit der Ehe richterlich erklärt[10]). Diesen Eid müssen beide Theile abstatten, wenn der Beklagte die Impotenz eingesteht; wird aber das Unvermögen beharrlich von ihm geleugnet, so hat den Eid der Kläger allein zu leisten[11]). Ein gewisser Beulke war mit seiner Ehefrau dreiviertel Jahr verheirathet, und klagte auf Nullität der Ehe, weil sie nimis arcta, und nach ihrer körperlichen Beschaffenheit zur Vollziehung des Beischlafs unvermögend

7) Cap. 3. u. 6. X. de frigidis.

8) Böhmer princ. iur. canon. §. 384. Schott Eherecht §. 83.

9) L. 10. C. de repudiis. Nov. 22. c. 6. Cap. 5. u. 7. X. de frigidis. Sind schon drei Ehejahre verflossen, und die Besichtigung giebt keine volle Gewißheit der Impotenz, so kann zur eidlichen Bestärkung geschritten, und die Ehe annullirt werden. Böhmer J. E. P. lib. 4. tit. 15. §. 30.

10) a Pufendorf IV. 192, u. in Animadv. n. 59.

11) c. 1. C. 33. qu. 1. cap. 5. X. de frigid. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts §. 216. Böhmer l. c. §. 32. Schott a. a. O. §. 83.

sey. Bei der ärztlichen Untersuchung ergab es sich, daß die Geschlechtstheile der Beklagtin ohne organischen, oder sonstigen Fehler waren; daß jedoch das Hymen von ungewöhnlicher Stärke, Dicke und Festigkeit war, welches den Beischlaf zwar erschweren, aber nicht absolut unmöglich machen, und nach dem Gutachten der Aerzte, durch eine kleine chirurgische Operation (die Durchschneidung der ersten Hautfalte des Hymens) leicht gehoben werden konnte. Das O. A. Ger. erkannte daher am 2ten Febr. 1819: Dieweil es ungewiß bleibt, ob das bei der Beklagtin vorgefundene impedimentum coeundi mit der Zeit entweder durch die Natur selbst, oder durch ärztliche Hülfe wird gehoben werden, in solchem Falle aber in den Rechten das experimentum triennale sich vorgeschrieben findet; So habt ihr, dafern der Kläger, wenn er zuvor per triennium, a tempore contracti matrimonii computandum, jedoch mit Abrechnung der unter den Eheleuten bereits stattgefundenen Trennung, mit der Beklagtin als Ehemann gelebt haben wird, wegen erweislich fortdauernden impedimenti coeundi anderweit bei euch auf Trennung der Ehe antragen würde, dessen Klage anzunehmen, und darauf was Rechtens zu erkennen; der Beklagtin aber, um solchen weitern Anträgen so viel an ihr ist zu begegnen, den Gebrauch des in dem Viso reperto angegebenen ärztlichen Hülfsmittels freizustellen.

LI. Erörterung.

Von der Leibzucht, oder dem Altentheile.

Die Leibzucht, oder der Altentheil ist eine Reallast des Colonats, und wird als Gegenvergeltung, wegen des im Hofe bleibenden Eingebrachten[1]), oder der zu dessen Nutzen und Besten verwendeten Kräfte und Dienstleistungen[2]) des Altentheilers; mithin als eine wahre Abfindung desselben vom Hofe betrachtet. Daraus folgt, daß derselbe auf alle Besitzer der Stelle übergeht, und durch Verkauf des Colonats, Abmeierung des Stellwirths u. s. w. die fortdauernde Beziehung eines früher stipulirten, gesetzmäßig bestimmten, und bereits genutzten Altentheils, nicht verloren gehn kann. Bei Erbgütern der Bauern, bei den Bürger- und Fleckensgütern[3]), die in keinem Colonatverbande stehn, hat dieses um so weniger Zweifel, weil die Inhaber derselben nicht schuldig sind,

1) Der Leibzüchter kann dasselbe aus dem Hofe nicht zurückfordern. a Pufendorf Tom. I. obs. 47 und im Animadv. 94.

2) Pract. Erörter. B. 2. n. 35.

3) Daß, durch Gedinge und Verträge auch bei solchen Gütern eine Leibzucht statt finden kann, ist vom höchsten Tribunal, am 2ten Mai 1804, in Sachen Langen w. Langen, und von der Zellischen Justiz-Canzlei, im Jahr 1823, in Sachen Schrader w. Schrader angenommen und entschieden.

sind, wie bei Meier- Zins- und andern Gütern, die in gutsherrlicher Dependenz stehn, den Hof krank- und schwachheitshalber, oder wegen abgelaufener Mahljahre, zu übergeben, und sich auf die Leibzucht zurückzuziehn. Selbst durch begangene Verbrechen, (welche den Vermögensverlust gesetzlich nicht zur Folge haben) und eine lebenslängliche Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten, kann der Altentheiler den Genuß der Leibzucht, ihrer Natur nach, nicht verlieren, wie auch vom Oberappellationsgerichte, am 12ten Jun. 1810, in Sachen Bentien w. Martens, pto. Altentheils, erkannt ist[4]).

Die Natur der Leibzucht kann übrigens nicht bloß nach den Grundsätzen wahrer Alimente betrachtet werden; weil sie auch einem wohlhabenden, mit Allodialvermögen versehenen, oder sonst, durch seiner Hände Arbeit u. s. w. sich nähren könnenden Altentheiler, er mag Hausvater oder Interimswirth gewesen seyn, gebührt. Jeder Altentheil hat vielmehr die Eigenschaft eines wahren Nießbrauchsrechts*). Vermöge desselben ist der Leibzüchter befugt, über den Altentheil, jedoch nur in so weit, während der Dauer desselben, zu disponiren, als dem Wirthe keine neue Last dadurch auferlegt, oder die übernommne, beschwerlicher und lästiger gemacht wird. Er kann daher ohne Zweifel, die, ihm zur Benutzung

4) Dahingegen wird ein, in der Ehestiftung zwar stipulirter, aber noch nicht genoßner, Altentheil durch solche Verbrechen verloren, wo, mit der Scheidung der Ehe, die Ehestiftung selbst ihre Gültigkeit verliert. Pract. Erörter. B. 1. n. 52. Runde von der Leibzucht §. 83.

*) Overbeck Meditat. B. 10. S. 99. ff. Runde a. a. O.

verschriebenen, Altentheilsländereien, Wiesen, Gärten, Früchte und dergleichen, an dritte verpachten, oder abtreten [5]); aber diejenigen Vortheile an Niemand vermiethen oder überlassen, die derselbe, ohne Nachtheil des Wirths, an einem andern Orte, als im Hofe, nicht füglich genießen kann, z. B. die Beköstigung an des Wirthes Tische, Wäsche, Wohnung, u. s. w. — mag sie in einem bloßen Insitze, oder in einer abgesonderten Leibzuchtswohnung — Kothe, Speicher — bestehn; denn bei allen solchen Gegenständen der Leibzucht wird lediglich auf die Persönlichkeit und individuellen Bedürfnisse des Altentheilers und Stellwirths, und ihrer Familien gesehn [6]).

Eine wesentliche Bedingung des Altentheils, und eine Verbindlichkeit des Leibzüchters ist es übrigens nicht, nach Kräften im Hofe mitzuarbeiten, wenn sie nicht durch Vertrag, Gesetz, allgemeine Landes- oder Lokalgewohnheit und Observanz begründet werden kann [7]). Nicht erst durch Arbeitshülfe, als ein Gegenpräſtan-

5) Runde a. a. O. §. 41. u. 81. v. Ramdohr Erfahrungen B. 3. S. 160. Ein anderes würde es seyn, wenn sich der Leibzüchter verbindlich gemacht hätte, die verschriebene Leibzucht in Person auf dem Hofe zu beziehen und zu verzehren.

6) Daher wird es auch dem Leibzüchter nicht gestattet werden können, ohne Erlaubniß des Wirthes, Inquilinen aufzunehmen. Nach verschiedenen Particulargesetzen wird dem Leibzüchter für die Wohnung nichts gutgethan, wenn er vom Hofe wegziehet. Runde a. a. O.

7) Entziehet sich der Altentheiler der Arbeit, z. B. durch Verlassung des Hofes, so gehet dadurch der ganze Altentheil nicht verloren, sondern der Wirth kann dafür nur billige Entschädigung fordern. Runde a. a. O. S. 558. Overbeck Meditat. B. 7. n. 383.

dum, soll die Leibzucht verdient werden, sondern sie ist schon, durch das im Hofe zurückzulassende Eingebrachte, oder die darin nützlich geleisteten Arbeiten, verdient; sie soll eine Abfindung dafür, und eine ruhige Versorgung des Altentheilers seyn. In dem Wesen und in der Natur der Leibzucht kann daher diese Verbindlichkeit nicht liegen, und eben deßhalb auch die Verabreichung derselben, an den beständigen Aufenthalt des Altentheilers im Hofe selbst, nicht geknüpft seyn. Das Wegziehn desselben von der Stelle, enthält also keine stillschweigende Entsagung auf den Genuß des ganzen verschriebenen Altentheils. Nach diesen Principien urtheilte die Zellische Justiz-Canzlei, am 12ten März 1823, in Sachen des Altentheilers Ohlrogge w. Rehfeld, in pto. Altentheils, also: Weil, bei dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen und besonderer Verabredungen, die Verpflichtung eines auf die Leibzucht gegangenen Interimswerthes, zum Besten der Colonie nach Kräften mit zu arbeiten, überall nicht zu der Natur und dem Wesen des Altentheils gerechnet, oder für eine stillschweigende Bedingung desselben gehalten werden mag; indem derselbe gar nicht wegen zu leistender, sondern zur Vergütung und Belohnung, wegen des im Hofe zurückbleibenden Eingebrachten, oder der darin bereits geleisteten Arbeiten und Dienstleistungen, mithin als ruhige Versorgung, dem abgehenden Wirthe bewilligt und zugestanwird; das bloße Wegziehen vom Hofe also, der Regel nach, den Verlust der stipulirten Leibzuchtsabfindung keinesweges zu begründen vermag; der Leibzüchter hiernächst, nach allgemeinen meierrechtlichen Grundsätzen, und Kraft des an den verschriebenen Leibzuchtsgrundstücken ihm besonders zustehenden, und mit einem Civilbesitz verknüpften lebenslänglichen Nießbrauchrechts, wohl befugt ist, dieselben an einen dritten, falls er sie nicht unmittelbar selbst benutzen

will oder kann, pacht- oder miethsweise in so weit zu überlassen, als dem Hofsbesitzer dadurch keine neue Last auferlegt, oder die übernommne beschwerlicher und drückender gemacht wird; letzteres aber bei der Vermiethung einer dem Altentheiler eingeräumten Wohnung — mag sie in einem bloßen Insitze, oder einer besondern Leibzuchtskothe bestehen, in mehrern Rücksichten, und um so mehr der Fall ist, weil dabei auf die besondern Eigenschaften des Altentheilers und dessen individuelles Bedürfniß allemal vorzüglich gesehn wird, und daneben die stillschweigende Absicht der Contrahenten hierbei vorauszusezzen ist, daß der Leibzüchter die Vortheile der Wohnung in Person nutzen und gebrauchen soll; die Verpachtung der, dem Altentheiler verschriebenen Feld und Gartenländereien, stipulirten Früchte u. s. w. hingegen, dem Hofswirthe keine neue oder beschwerlichere Last, der Regel nach, auferlegt, es ihm mithin völlig gleichgültig seyn kann, ob der Altentheiler dergleichen Altentheilspråstanda selbst, oder durch Verpachtung an einen dritten benutzt und genießt; daß solchemnach zwar der Antrag des Klägers und Appellanten seine Altentheilswohnung an einen Dritten zu vermiethen, als unstatthaft zu verwerfen; dahingegen derselbe aber wohl befugt sey, das zum Altentheil ausgesetzte Feld- und Gartenland an Andere zu verpachten; es könnte und wollte denn der Beklagte und Appellat seine Behauptung: gestalten es in der dortigen Gegend, und namentlich in dem Dorfe Radenbeck, durch rechtliche Gewohnheit oder Herkommen festgestellt sey, daß die Altentheiler, wenn sie sich auch nicht besonders dazu anheischig gemacht haben, nach Kräften im Hofe und zu dessen Besten mitzuarbeiten verbunden sind, und durch ihr Wegziehen von der Stelle den ganzen ihnen verschriebenen Altentheil verlieren, rechtlicher Gebühr nach erweisen; so u. s. w. Nach völlig glei-

chen Principien erkannte die Justiz-Canzlei, am 26sten November. 1823, in Sachen Lübberstedt w. Steinke verehl. Ehlers, wegen Altentheils.

Vergleichen sich indeß Wirth und Altentheiler über ein gewisses Aequivalent, wegen der ganzen stipulirten Leibzucht, oder einzelner Theile derselben, so bedarf es dazu der gutsherrlichen Einwilligung nicht, wenn dadurch keine wahre Abänderung des vom Gutsherrn gegenehmigten Leibzuchtscontracts, oder eine größere Belästigung der Stelle bewirkt und veranlaßt wird. Hiernach ist auch von der Zellischen Justizcanzlei, am 3ten Decemb. 1822, in Sachen Hoppe w. Meine, wegen Altentheils, geurtheilt.

LII. Erörterung.

Vom Palmario.

Mehrere Rechtsgelehrte [1]) halten einen Vertrag für verbindlich, wodurch dem Advocaten von seinem Clienten, vor angefangenen oder beendigten Rechtsstreite, suspensa lite, auf den Fall des Obsiegs ein gewisser Vortheil — eine Summe Geldes, oder andere Sache — außer dem taxmäßigen Honorar, zugesichert wird. Andere sehen ihn aber nur in dem Falle als erlaubt und verbindlich an, wenn in Betracht der besondern Umstände keine so unmäßige Summe versprochen ist, welche die Parthei durchaus nicht anders bezahlen konnte, als wenn sie den Proceß oder die Sache wirklich gewann [2]). Allein diesen Meinungen stehn deutliche Gesetze entgegen. Schon in einem kaiserlichen Rescripte [3]), dessen Worte Ulpian in seinen Schriften aufbewahrt, sind dergleichen Verträge, in Absicht der Rechtsvertheidiger, suspensa lite, für unverbindlich erklärt; post litem actam, oder finita lite aber nur in so weit erlaubt, als sie eine angemessene Summe nicht übersteigen — usque ad probabilem quantitatem [4]). Eben die Bestimmung, daß nur finita lite für die gehabten Be-

1) Schorch de Palmario, in opusc. n. 3.

2) von Ramdohr Erfahrungen Th. 1. S. 68.

3. L. 1. §. 12. D. de extraord. cogn.

4) Glück Commentar §. 369. N. 32.

mühungen, nicht aber lite suspensa, auf den guten Ausgang der Sache, dem Advocaten auf eine erlaubte und verbindliche Weise eine Belohnung ausgesetzt werden dürfe, bestätigen auch andere Gesetze[5]). Ganz unstreitig ist das pactum de quota litis den Advocaten, und zwar bei Strafe der Remotion, untersagt[6]). Da aber auch diejenigen Verträge, wodurch sie sich eine Sache oder Quantität, die nicht im Streite befangen ist, in casum victoriae versprechen lassen, in Absicht ihrer Moralität gleich verwerflich, und besonders in Ansehung ihrer Folgen gleich schädlich[7]) und nachtheilig sind; so darf man wohl schwerlich annehmen, daß der Gesetzgeber nur jene verbieten, und diese gestatten wollen, zumal das allgemeine[8]) Verbot auch von solchen Verträgen der Advocaten verstanden werden muß, welche schon vorhin in den Gesetzen, als pacta contra bonos mores inita, verworfen und für unverbindlich erklärt waren. Also nicht bloß das eigentliche pactum de quota litis, sondern auch jeder andere Vertrag, zwischen Clienten und Advocaten, de praemio in eventum victoriae — caussa nondum acta — ist unter dem Verbote der römischen Gesetze begriffen. Dasselbe hat auch nicht etwa in den alten Gesetzen, der eigenthümlichen Verfassung, oder den Gewohnheiten der Römer lediglich seinen Grund, sondern es beruhet auf solchen Rücksichten und Betrachtungen, welche des gemeinen Besten wegen die Aufrechthaltung und strenge Anwendung desselben, auch gegenwärtig

5) L. 7. D. mandati.

6) L. 53. D. de pact. L. 5. C. de postul.

7) Glück a. a. O. §. 370. Weber natürl. Verbindlichkeit §. 67. n. 7. Struben rechtl. Bedenk. B. 1. n. 104.

8) in der leg. 6. §. 2. C. de postul.

noch, erforderlich machen; damit gewinnsüchtige Rechtsbeistände nicht veranlaßt werden mögen, in den ihnen anvertrauten Rechts- und Proceßangelegenheiten calumniose zu verfahren, oder unter falschen und erdichteten Vorspiegelungen von ihren, oft wenig umsichtigen, Clienten übertriebene Vortheile zu erpressen, welche meist immer aus Furcht und Besorgniß, wegen der mißlich, bedenklich und schwierig geschilderten Lage der Sache, und selten aus völlig freiem Willen, von der Parthei zum Opfer gebracht werden. Nach unsern Landesgesetzen[9]) kann die Anwendung jener römischen Bestimmungen gar keinen Zweifel leiden; weil sie ausdrücklich verordnen, daß die Advocaten sich aller widerrechtlichen Pacten, sonderlich de quota litis enthalten und mit einer ziemlichen, d. i. billigen, angemeßnen, und in den Taxen bestimmten, Belohnung zufrieden seyn sollen. Bei der Allgemeinheit dieser Vorschriften darf man das Verbot auch nicht bloß auf den Fall einschränken, wo die quota litis, oder das palmarium lediglich auf Verlangen und Andringen des Advocaten, und nicht aus eigner Bewegung des Clienten versprochen oder gezahlt ist. Auch im letztern Fall ist der Vertrag nicht rechtsverbindlich, und daher bedarf auch dieser Umstand keines Beweises.

Zweifelhaft ist es aber, ob das Recht, die bezahlte, oder vom Advocaten sonst eingezogene quota litis, oder Palmariensumme zurückzufordern dem Clienten selbst, oder nicht vielmehr dem Fiscus zustehe? Könnte man annehmen,

9) Meine Ausgabe der Oberappell. Ger. Ordn. S. 42. Calenb. Canzl. Ordn. Tit 4. §. 23. Zell. Canzl. Gem. Bescheid v. J. 1686. Art. 8. Brem. Hofg. Ordn. Th. 1. Tit. 8. §. 7. Zell. Hofg. Ordn. Th. 3. Tit. 5. §. 1. u. 5.

men, daß bei dergleichen Verträgen zwischen Clienten und Advocaten auf gleiche Weise gesetzwidrig gehandelt, mithin von beiden Seiten eine gleiche turpitudo vorhanden sey, so würde nur dem Fiscus das Recht zustehn, das palmarium oder quotam litis zu repetiren, wie solches auch verschiedene Rechtslehrer behaupten[10]). Allein der Zweck eines solchen Vertrags schändet doch wohl nur den Empfänger, nicht den Geber, wenigstens fällt dem letztern keine solche turpitudo zur Last, die ihn von der condictione ejus, quod datum est, ausschließen könnte. In keinem der angeführten Gesetze wird dem Clienten ausdrücklich verboten, eine quotam litis, oder ein palmarium zu geben, oder zu versprechen. Nur den Advocaten kann bei der ersten die Strafe der Remotion treffen, gegen ihn sind die Verbote gerichtet, und nur in Rücksicht desselben ist jedes pactum der Art, als contra bonos mores anstoßend, verworfen[11]). Auch unsere Proceßgesetze sind lediglich in dieser Hinsicht gegen die Advocaten gerichtet, und der in der Nov. 124. cap. 1. beiden Theilen, im Anfange des Processes, vorgeschrieben gewesene Eid ist so wenig mehr im Gebrauche, als er auf dasjenige Beziehung hat, was von den Partheien dem Advocaten etwa gegeben, oder versprochen war[12]). Aus dem in unsern Proc. Ordn. enthaltenen iuram calumn. gener. läßt sich eben so wenig ein Verbot auf Seiten des Clien-

10) L. 3. 8. D. de condict. ob turp. caus. L. 32. §. ult. de donat. inter vir. et ux. L. 9. D. de iur. fisci. Lauterbach de palmar. advocat. c. 3. §. 20. Martini Comment. in ord. proc. iudic. Sax. tit. 3. n. 263. M. s. a. Günther princ. iur. rom. nov. T. 2. §. 1119.

11) L. 7. D. mandati. L. 6. §. 2. C. de postul. L. 1. §. 12. de extr. cogn.

12) wie aus den Worten: exceptis iis, etc. deutlich erhellet.

ten folgern. Da also demselben die Uebertretung eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbots nicht entgegensteht, ihm mithin keine turpitudo beizumessen, und sein Versprechen einer reichlichern Belohnung, auf den Siegesfall, an und für sich nicht verwerflich, und Andern ganz unschädlich ist, auch die aus dergleichen Verträgen zu besorgenden Mißbräuche — Concussionen, Calumnien — nur auf Seiten des Consulenten, und nicht der Parthei zu befürchten sind; so ist das Zurückforderungsrecht des Clienten, nach der Analogie derjenigen Gesetze, welche die repetionem ejus quod honeste datum, et turpiter acceptum est gestatten, hinlänglich begründet[13]). Aber Zinsen von dem gegebenen Palmario zu fordern, ist derselbe nicht berechtigt, weil die Natur dieser Klage nur dazu dienen soll, das Bezahlte wieder zu bekommen; nicht aber auch die Zinsen davon zu erhalten[14]). In dergleichen Fällen würde demnach zu erkennen seyn: da das in Frage befangene Palmarium nach den Bestimmungen so wohl der gemeinen Rechte, als unserer Landesgesetze, indebite bezahlt worden, so ist Beklagter solches, jedoch ohne Zinsen, dem Kläger zu erstatten schuldig.

13) Glück a. a. O. §. 825. Auch wird dieses Recht des Clienten durch die Analogie der Gesetze bestätigt, welche einem Schuldner, der seinem Gläubiger übermäßige Zinsen bezahlt, diese condictione indebiti zurückzufordern, nachlassen. L. 26. pr. et §. 1. de condict. indeb,

14) L. 1. C. de condict. indeb. L. 4. C. de condict. ob turp. caus. Glück a. a. O. §. 826.

LIII. Erörterung.

Ueber das ius separationis der hypothekarischen Erbschaftsgläubiger.

Das Oberappellationsgericht hat bei vorgekommnen Prioritätsstreitigkeiten, in ältern[1]) und neuern[2]) Zeiten, die Meinung in seinen Entscheidungen angenommen, daß den hypothekarischen Erbschaftsgläubigern, in den annoch vorhandenen, einer Confusion nicht ausgesetzten verpfändeten Gütern, die Hypothek mag conventionalis, oder legalis seyn, wie z. E. bei den Legatarien*), das ius separationis zustehe, ohne dabei auf den Ablauf des Quinquennii zu achten. Diese, von angesehenen Rechtslehrern[3]) vertheidigte, und in viele Concursordnungen[4]) aufgenommne

1) a Pufendorf in Animadv. n. 103. von Ramdohr Erfahrungen Th. 1. S. 229. u. 231.

2) Pract. Erörter. VI. 39. Not. 6.

*) L. 6. D. de Separat. Dabelow Concurs S. 343. von Löhr im Archiv für die Civilist. Praxis B. 5. S. 208.

3) von Berg Rechtsfälle B. 3. n. 29. Schweppe §. 69. Schmidt von Separatisten §. 19. f. Brunnemann de concursu credit. c. 6. §. 12. Cramer W. N. St. Th. 94. n. 11. Huber praelect. tit. 42. tit. 6.

4) Z. B. in der Sächsischen, und Osnabrückschen.

Meinung, beruhet auch auf guten, und den Credit befördernden Gründen. Das ius separationis ex credito hypothecario *), unterscheidet sich wesentlich von dem beneficio separationis. Jenes wird durch das constituirte Pfandrecht selbst, dieses durch die prätorische Rechtswohlthat begründet; jenes genießt der Gläubiger, kraft seines Pfandrechts, um diese muß er bitten; jenes dauert bis zum Abtrage der Schuld, oder bis zu verjährter Pfandklage; dieses ist nach dem Ablaufe von fünf Jahren erloschen; jenes kann kein chyrographarischer Gläubiger ansprechen; dieses steht so wohl dem hypothekarischen [5]), als chyrographarischen Gläubiger, jedoch in der Art zu, daß jener nicht schuldig ist, dasselbe bei Verlust seiner Hypothek intra quinquennium zu suchen, woran dieser gebunden, und daß mithin das beneficium separationis, in Rücksicht des hypothekarischen Gläubigers, nur facultativ; in Absicht des chyrographarischen Gläubigers, wenn er es nicht aufgeben will, aber präceptiv ist. Jede, mit einem Pfandrechte beschwerte Sache, geht cum onere et salvo pignoris iure auf alle Besitzer derselben über. Ist der Besitzer der Pfandstücke Erbe, so kann er nur das als das Seinige betrachten, was deducto aere alieno seines Erblassers übrig bleibt; mithin seinen eignen Gläubigern nichts unterpfändlich versichern, was er von seinem Erblasser nicht empfangen hat [6]) Durch die Antretung der Erbschaft kann übrigens der Erbe die Rechte der Erbschaftsgläubiger einseitig nicht abändern, oder sie ihnen entzie-

*) M. vergl. besondes Schweppe vom Concurse, 2te Aufl. §. 147. ff.

5) Frick libell. sing. de debitoris demortui creditoribus Hypothecariis ad separationis beneficium admittendis. Helmst. 1783. §. 6. u. 7.

6) L. 1. §. 3. u. 17. D. de separat.

hen[7]) und hieraus folgt von selbst, daß die hypothekarischen Erbschaftsgläubiger allezeit den Vorzug vor den eignen Creditoren des Erben haben müssen, und daß sie nicht schuldig seyn können, wider ihren Willen, mit den letztern in eine Gemeinschaft, paritas conditionis, einzutreten[8]). Nur wenn sie ausdrücklich erklärt haben, dem Erben für seine Person trauen, oder Credit geben zu wollen, oder wenn aus ihren Handlungen klar und ohne Zweideutigkeit hervorgeht, ut secuti sint fidem heredis, wie sich die Gesetze[9]) ausdrücken, z. B. durch Annahme neuer Schuld- und Pfandbriefe vom Erben, Zurückgabe der Pfandverschreibungen des Erblassers, oder andere facta, woraus der animus novandi klar erscheint[10]), geht das Separationsrecht derselben durch Novation verloren. Die bloße Einforderung, oder Annahme der Zinsen von dem Erben ist aber an sich keine Novation, wenn sie nicht etwa animo novandi d. i. in der erklärten,

7) Ex persona heredis conditio obligationis non immutatur. L. 2. §. 2. D. de verbor. obligat. Durch die Confusion des Vermögens entstehet keine Confusion der Unterpfänder, L. 38. §. 5. D. de solut. et liberat. Und durch die Antretung der Erbschaft werden die Unterpfänder nicht confundirt. L. 29. pr. D. de pignor et Hyp. Schmidt a. a. O. §. 32. A. M. ist Frick l. c. §. 11. seqq.

8) Pract. Erörter. VI. 39.

9) L. 1. §. 10. D. de Separat. L. 2. C. de reb. auct. iudic. possid.

10) Z. B. Wenn der Gläubiger den, in dem Wechsel- oder Pfandbriefe bestimmten Zahlungstermin dem Erben prolongirt. M. s. Beobachtung nro. 14. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 328. Not. m. u. 329. f.

oder sonst deutlich sprechenden Absicht des Gläubigers geschehen ist, den Erben als Schuldner annehmen, ihn mithin mehr trauen zu wollen, als den verhypothecirten Erbschaftsgegenständen[11]). Denn von Niemand anders, als dem Erben kann der Gläubiger die Zinsen fordern, oder annehmen, und durch diese Handlung wird auch die causa obligationis an sich nicht im Geringsten verändert[12]). Uebrigens setzt dieses ius separationis, wie sich von selbst verstehet, allemal die Möglichkeit einer Absonderung der verpfändeten Objecte des Erblassers, von dem eignen Vermögen des Erben, voraus, wie solches bei Immobilien, altväterlichen Lehngütern, und dem damit verbundenen Allodio, welche von den Erblassern mit Hypotheken beschwert sind, der Fall ist[13]). Nach diesen Principien erkannte das O. A. G. am 22sten December 1818, in Sachen von Arnswald u. Cons. wider die in der von Staffhorstschen Prioritätssentenz ihnen vorgesetzten Gläubiger, auf folgende Weise: Wenn gleich die Rechtswohlthat der Absonderung auch in Absicht der hypothekarischen Erbschaftsgläubiger, falls sie derselben sich bedienen wollen, an die gesetzliche Zeitfrist von 5 Jahren allerdings gebunden ist, und nach deren Ablauf nicht weiter von ihnen angesprochen werden kann: Nachdem jedoch durch den Nichtgebrauch, oder die, durch den Ablauf des quinquennii eingetretene Unzulässigkeit des bene-

11) Dabelow Concurs der Gläubiger S. 329. Auch die rückständigen Zinsen können iure separationis gefordert werden; a Pufendorf Animadv. 103. §. 3. Wenn gleich sonst, bei andern Forderungen, die Zinsen erst nach dem Abtrage der Capitalien zur Zahlung gelangen.

12) Dabelow Pandectenrecht Th. 1. §. 86.

13) Frick l. c. §. 16. seqq.

ficii separationis, die den Gläubigern von dem Erblasser selbst, oder Kraft der Gesetze, an seinem nachgelassenen, annoch vorhandenen, und einer Confusion nicht ausgesetzten Vermögen constituirten hypothekarischen Rechte nicht verloren werden, dergleichen erbschaftliche Vermögenstheile vielmehr nur cum onere et salvo pignoris iure auf den Erben übergehn, mithin den Hypothekgläubigern den, durch ihr Pfandrecht gesicherten Regreß an dem verpfändeten, absonderungsfähigen Vermögen in der Art, der Natur des Pfandrechts gemäß gewähren, daß davon die eignen Gläubiger des Erben und Gemeinschuldners, sie mögen seyn, von welcher Gattung sie wollen, bis zu der erstern vollen Befriedigung, ausgeschlossen bleiben müssen; die von dem Erben erfolgte, und von den hypothekarischen Erbschaftsgläubigern entgegengenommne Zahlung der jährlichen fälligen Zinsen, von den in den Gütern des Erblassers hypothekarisch radicirten Capitalien, auch an sich betrachtet, für eine Novation, oder stillschweigende Erklärung der Gläubiger, sich an den Erben zu halten, und demselben Credit geben zu wollen, in dem Falle überall nicht angesehn werden mag, wo die mit Unterpfandsrechten versehenen Forderungen der Gläubiger des Erblassers, ohne Annahme neuer, von dem Erben selbst ausgegebenen Schuld- und Pfandbriefe, oder deren sonstige Handlungen, woraus die Absicht, die an den Pfandstücken ihnen zustehende Sicherheit aufgeben, und sich an den Erben halten zu wollen, deutlich erhellet, in den Gütern des Erblassers sub priori nexu hypothecario stehn geblieben, von einem Erben der verpfändeten Güter auf den andern übergegangen, und als väterliche, oder altväterliche, auf denselben haftende Pfandschulden anerkannt sind; nach diesen, auf die Natur und Beschaffenheit alter, auf jeden erbfolgenden Besitzer solcher Güter ipso iure übergehenden Hypotheken, gegründeten

Rechtsprincipien auch in vorgekommnen Fällen von Unserm O. A. Gericht gleichförmig erkannt, und den hypothekarischen Erbschaftsgläubigern, ohne auf den Ablauf des quinquennii bei nicht nachgesuchten, und auch von ihnen nicht nothwendig nachzusuchen gewesenen beneficio separationis zu achten, das Separationsrecht ex iure crediti, und der Vorzug vor allen denjenigen Gläubigern stets zugesprochen ist, welche ihre Vorzugs- oder Pfandrechte nur allein von dem Gemeinschuldner abzuleiten vermögen: So habt ihr unter Aufhebung eures, die Prioritätsentenz bestätigenden Urtheils, vom 26sten August 1818, die implorantischen Forderungen an Capital und Zinsen, den imploratischen in prima, secunda et tertia classe, sub nris 5 bis 12 incl: collocirten Gläubigern, in Absicht der Bestandtheile der Gütermasse iure separationis vorzusetzen, welche auf den Gemeinschuldner von dessen Vorfahren und Erblassern, mit den darauf ruhenden Hypotheken der Imploranten, gekommen und vererbfället sind u. s. w. Auch die Königl. Justizcanzlei zu Zelle hat in der, am 18. Mai 1821 eröffneten Prioritätsentenz der Gläubiger des weil. Vice-Oberstallmeisters von dem Busche, auf das ius separationis, ex iure crediti, der Erbschaftsgläubiger erkannt.

LIV. Erört.

LIV. Erörterung.

Von der Beerbung eines, vor dem wirklichen Antritte der Meierstelle verstorbenen Anerben.

Die Erbfolge in den Meiergütern wird, in Gemäßheit der Calenberg. Meierordnung[1]), nach den Vorschriften der gemeinrechtlichen, d. i. nach der römischen, und nicht nach der altdeutschen Intestaterbfolge regulirt, und in der Art bei der Succession der Collateralen bestimmt, daß der dem Verstorbenen Nähere den Entferntern ausschließt. Die Successionsfähigkeit, oder das Recht zur Erbfolge, genügt aber an sich nicht allein, den wirklichen Besitz des Meierguts, die Bemeierung, vom Gutsherrn zu verlangen, sondern dazu ist auch noch die Meierfähigkeit, oder die Tüchtigkeit, dem Hofe vorzustehn, ein nothwendiges Erforderniß. Die gesetzliche Untheilbarkeit des Meierguts bringt es mit sich, daß dasselbe stets nur an einen Erben — Anerbe — gelangen kann. Ist derselbe noch nicht zu der Reife des Alters gekommen, den Hof anzunehmen, so bleibt es freilich ungewiß, ob er demnächst auch zur Uebernahme desselben tüchtig befunden werden wird. Allein dieser Umstand hindert nicht, ihn als den wirklichen Civilbesitzer der Meierstelle, die auf ihn vererbt ist, zu betrachten. Ist der Anerbe noch nicht so weit herangewachsen, den Meierhof selbst,

1) cap. 5. §. 1. u. 2.

oder bei Töchtern, durch Verheirathung, zu bewirthschaften, so muß nach den Calenbergischen Meiergesetzen [2]), mit Zustimmung des Gutsherrn, bis dahin eine Interims-Administration des Hofs angeordnet werden. Während der Mahljahre ist sodann der Interimswirth zwar der Repräsentant des Anerben, aber nicht der Civilbesitzer des Hofs. Durch den Tod des bisherigen Meiergutsbesitzers wird die Stelle erledigt [3]), und das Successionsrecht ipso iure auf den Anerben transmittirt. Dem, durch das Gesetz, den Willen des Vaters oder die Wahl des Gutsherrn, bestimmten Hofsannehmer, oder Anerben, ist nicht etwa eine bloße Erbhoffnung, ein nur eventueller Anspruch an der Meierstelle, sondern der Besitz und das meierrechtliche Eigenthum des Hofes selbst, durch das ihm unmittelbar verliehene gesetzliche Successionsrecht, zugesichert. Von einer hereditas iacens, des verstorbenen letzten Besitzers der Meierstelle, kann also auch in dem Falle nicht die Rede seyn, wenn dessen Anerbe noch unmündig, oder minderjährig ist. Die Vormünder desselben müssen sich bei der Gutsherrschaft melden, und um die Anordnung einer Interimsadministration ansuchen [4]), welches Gesuch die Stelle der wirklichen Antretung der Meiererbschaft vertritt, und der Interimswirth repräsentirt sodann den Anerben, aber nicht den verstorbenen Hofsbesitzer, bis jener die Stelle selbst antreten kann.

2) C. M. Ordn. cap. 4. §. 6. u. cap. 5. §. 3. u. 7.

3) C. M. Ordn. cap. 5. §. 3. Die römischen Transmissionsarten der Erbschaft sind bei der Erbfolge in die deutschen Colonatgüter nicht zu attendiren. a Pufendorf III. 1. §. 7.

4) Calenb. M. O. c. 5. §. 3.

Dies ist der Meierverfassung völlig gemäß [5]). Freilich muß der Anerbe, bei seinem wirklichen Antritte der Stelle, die erforderlichen wirthschaftlichen Fähigkeiten besitzen. Aber diese, das Successionsrecht des Anerben auflösende Bedingung, findet bloß in Beziehung auf das gutsherrliche Interesse statt, und hält den Anfang des Erbpacht-, oder meierrechtlichen Eigenthumsrechts des Anerben an der Meierstelle selbst, nicht auf; vielmehr muß er pendente hac conditione, als der wahre Civilbesitzer des Meierguts betrachtet werden. Hieraus folgt von selbst, daß dem Anerben, wenn er vor dem effectiven Antritt der Stelle, und pendente conditione resolutiva verstirbt, und nicht dessen Erblasser, succedirt werden muß; mithin dessen erlangte meierrechtlichen Befugnisse auf seine nächsten Intestaterben vererbt werden. Die Königl. Justizcanzlei zu Hannover urtheilte hiernach am 11ten März 1818, in Sachen Wieters c. Wiegmann, in pto. successionis, und das O. A. Gericht bestätigte am 24sten Febr. 1819 diese Entscheidung mit folgenden Gründen: Nachdem die im Kap. 5. §. 1. u. 2. der Calenb. Meierordnung festgesetzte Erbfolge in den Meiergütern keineswegs nach den Grundsätzen der altdeutschen Stammerbfolge regulirt, sondern lediglich nach der gemeinrechtlichen, oder römischen Intestaterbfolge und zwar bei den Collateralen in der Art bestimmt ist, daß der dem Verstorbenen im Grade der Nächste den Entferntern ausschließt; bei einem, nach des Vaters Ableben, mit Tode abgegangenen Anerben, wenn derselbe auch die Bemeierung noch nicht wirklich empfangen hat, dennoch das Beer-

5) Ein ganz anderes Verhältniß hat statt, wenn der Anerbe vor dem Vater, und Besitzer eines Meierguts verstorben ist. Pract. Erörter. V. 43.

bungsrecht nur von ihm, und nicht von seinem zuvor verstorbenen Ascendenten abzuleiten ist, indem der Anerbe, nach den in der Meierordnung enthaltenen Dispositionen, als wirklicher Civilbesitzer der Meierstelle, sobald die Erbfolge auf ihn devolvirt ist, betrachtet werden muß, dessen Rechte durch den, mit gutsherrlicher Genehmigung, währ rend der Unmündigkeit oder Minderjährigkeit desselben, angesetzten Interimswirth ausgeübt werden; die zur Annahme des Hofs erforderliche Tüchtigkeit eines Anerben aber zunächst nur das Interesse des Gutsherrn bezielt, und pendente hac conditione resolutiva dem Civilbesitze des Anerben nicht entgegensteht; mithin auf die Intestaterbfolge überhaupt, und die weitere Beerbung des Anerben selbst, von keinem rechtlichen Einflusse seyn kann; einfolglich die angebliche persönliche Unfähigkeit des Imploraten, in Beziehung auf den Imploranten, als eine gar nicht zu attendirende exceptio de iure tertii erscheint; so ist die Sententia a qua lediglich zu bestätigen.

LV. Erörterung.

Vom Beweise der Verneinungen.

Den Grundsatz: wer Etwas bejahet, muß beweisen; nicht der Verneinende, hat Weber[1]) genügend widerlegt, und gezeigt, daß auch Verneinungen, direct und indirect, rechtlich hinreichend bewiesen werden können, und von jeder Parthei erwiesen werden müssen, welche sich darin gründet. Nur in dem Falle, wenn ein negativer Beweissatz in seiner Affirmative zum Gegenbeweise des Beklagten gehört, ist der Kläger nicht verbunden, den Beweis desselben zu übernehmen. Die Köthner zu Hoyershausen klagten auf die Annullation eines, mit den Ackerleuten daselbst angeblich geschloßnen Vergleichs, weil die Mehrzahl derselben den Transact nicht unterschrieben hätte, und die Vergleichsunterhandlungen mithin in den Grenzen bloßer Tractaten stehn geblieben wären. Den Klägern ward der Beweis dahin auferlegt: daß die Mehrzahl derselben den Vergleich nicht unterschrieben, oder auf andere Weise genehmigt habe, sondern derselbe in den Grenzen der Tractaten stehn geblieben wäre. Das O. A. Ger. änderte aber diese Beweis-

1) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß VI. 9. ff.

auflage, mittelst Rescripts vom 12ten Mai 1814 ab, weil der negative Beweissatz in seiner Affirmative zum Gegenbeweise der Beklagten gehörte, und der Kläger Klagrecht schon dadurch hinlänglich begründet werde, wenn sie erwiesen, daß der Abschluß des Vergleichs nur versucht worden. Es ward daher der den Klägern auferlegte Beweis dahin rectificirt: daß sie nur zu erweisen schuldig, wie der streitige Vergleich und die deßhalb statt gefundenen Vergleichsunterhandlungen in den Grenzen von Tractaten stehn geblieben seyen; dem Beklagten aber der Gegenbeweis freigelassen.

LVI. Erörterung.

Von der Zulässigkeit äquipollenter Beweisführungen.

Die Frage: ob dem rechtskräftig auferlegten Be- oder Gegenbeweise, über einzelne bestimmte Handlungen oder Thatsachen, ein anderer gleichzuachtender — äquipollenter — Beweis substituirt, oder surrogirt werden kann? ist weder in den gemeinen, noch in unsern Landesproceßgesetzen decidirt; aber nicht ganz selten der Gegenstand eines Zwischenstreits unter den Partheien. Gewöhnlich widersetzt sich der Gegner einer äquipollenten Beweisführung, unter Beziehung auf die Rechtskraft des Interlocuts, und der dadurch bestimmten Form des Be- oder Gegenbeweissatzes, über die zum Beweise verstellten einzelnen Handlungen, oder Thatsachen. Durch die Rechtskraft erhält freilich der Beweissatz in der Regel seine unabänderliche Bestimmung [1]). Aber so wenig sie der Erweiterung des Beweissatzes auf neue, in den Acten vorhin nicht vorgekommne erhebliche Umstände hinderlich ist [2]), eben so wenig kann sie auch einer äquipollenten Beweisführung entgegenstehn. Der Beweis ist seiner Natur nach das Mittel, den Richter von der Wahr- oder Un-

1) Martin Lehrb. des Processes §. 175.

2) a Pufendorf I. 54. und 140 Erörter. d. Bds.

wahrheit einer behaupteten Thatsache oder Handlung, woraus die Parthei, unter vorausgesetztem Beweise derselben, Ansprüche rechtlich herleiten, oder von sich ablehnen kann, zu überzeugen. Nach dem Zwecke der Beweisführung ist der Richter keineswegs an die, von den Partheien angeführten, und zum Beweise verstellten facta durchaus gefesselt [3]), und er kann daher auch solche, in den Acten vorgebrachten Thatsachen zur Beweisführung zulassen, welche den Gegenstand der Pro- oder Reprobation auf eine völlig äquipollente Weise erschöpfen, oder dieselbe rechtliche Wirkung und Conclusion hervorbringen, und zur Abfolge haben, als die im Interlocut zum Be- oder Gegenbeweise wörtlich verstellten einzelnen, und bestimmten Handlungen oder Thatsachen. Jene treten sodann völlig in die Stelle der letztern [4]), und durch die Admission eines solchen, vollkommen äquipollenten Beweises, verliert auch der Gegner kein wirkliches Recht.

Ein Vergleich, welchen die Köthner zu Hoyershausen mit den Ackerleuten daselbst, über die Theilnehmungsbefugniß an den Gemeindeholzungen, abgeschlossen haben sollten, war von einem der Ackerleute und Köthner, in angeblicher Vollmacht, beim Amte Lauenstein präsentirt, und gerichtlich bestätigt. Die erstern klagten mehrere Jahre hernach auf Annullation desselben, behauptend, daß die Mehrzahl der Köthner das, immittelst verloren gegangene Original-Concept des Vergleichs, nicht unterschrieben habe; daß sie keinen ihres Mittels beauftragt hätten, die Amtsbestätigung desselben nachzusuchen, und daß mithin die

3) Weber a. a. O. S. 36.

4) a Pufendorf II. 196.

die Vergleichungsunterhandlungen bloße Tractaten gewesen wären. Für die Kläger ward der Beweis dahin rechtskräftig bestimmt: daß die Vergleichsunterhandlungen nur in den Grenzen bloßer Tractaten stehn geblieben; für die Beklagten hingegen der Beweissatz dahin festgesetzt: daß entweder die Mehrzahl der Kläger den, beim Amte L. erschienenen Köther S. zu der Vergleichs- und Confirmationshandlung besonders beauftragt, oder solche nachmals genehmigt habe. Bei der Beweisantretung articulirten die Beklagten nicht auf die angeführten, zum Gegenbeweise verstellten zwei facta, sondern darauf, daß die Mehrzahl der Kläger das Original-Concept des streitigen Vergleichs wirklich *unterschrieben* habe, und mit dessen Inhalte *zufrieden* gewesen sey. Die Kläger bestritten die Zulässigkeit dieses Beweises, weil er dem rechtskräftig bestimmten Gegenbeweissatze nicht conform; mithin als irrelevant zu betrachten, und zu verwerfen sey. In der ersten und zweiten Instanz ward jedoch derselbe zugelassen, weil dadurch direct das Gegentheil der, zum Beweise der Kläger verstellten Thatsachen erwiesen werden könne. Das O. A. Gericht bestätigte im März 1819 diese Entscheidung dahin: Wenn gleich die überreichten Gegenbeweisartikel auf die, in dem rechtskräftigen Beweisinterlocute zum Gegenbeweise verstellten beiden speciellen Thatumstände nicht gerichtet sind; Nachdem jedoch das factum, worauf insonderheit articulirt ist, den directen Gegenbeweis auf eine völlig äquipollente Weise erschöpft, und die Substituirung eines gleichzuachtenden Be- oder Gegenbeweissatzes allerdings zulässig ist; so u. s. w.

LVII. Erörterung.

Abfindungen der Meierkinder.

Die Abfindungen der Meierkinder geschehen, und erfolgen entweder aus dem Hofe selbst, und dem damit untrennbar verbundenen Allodio, oder aus dem freien, mit keinem gutsherrlichen Nexus behafteten Allodialvermögen, z. B. Baarschaften, und andern beweg- oder unbeweglichen Allodialgütern des Meiers; oder aber aus beiden zugleich. Auf den reinen Ertrag, oder Ueberschuß der Aufkünfte des Meierguts selbst — lucrum vel commodum iuris colonarii — wird bei den Abfindungen, oder Theilungen der Meierkinder gar keine Rücksicht genommen[1]). Im ersten und letzten Falle ist die gutsherrliche Einwilligung zur Ablobung und Abfindung wesentlich nothwendig; im zweiten Falle hingegen bedarf es des gutsherrlichen Consenses dazu nicht, was der Meier seinen Kindern und Erben davon zuwenden will. Geschiehet die Bestimmung der Abfindung bloß aus dem Hofe selbst, und dem damit verknüpften untrennbaren Allodio, so pflegt sie, nach einem fast allgemeinen Herkommen, so lange im Hofe stehn zu bleiben, bis die Kinder denselben gänzlich und auf immer verlassen[2]) und wenn letzteres nicht geschiehet, fällt sie an den Hof zurück[3]). Ist hin-

1) a Pufendorf IV. 145. Struben R. B. II. 92.

2) Pract. Erörter. III. 16.

3) Die Calenb. Meierordn. bestimmt solches cap. 6. §. 7.

gegen die Abfindung mit besonderer Rücksicht auf das trennbare Allodium, oder lediglich aus dem Capital- und sonstigen freien beweg- und unbeweglichen Vermögen des Meiers bestimmt, und festgesetzt, so kann sie auch, ohne den Hof beständig verlassen zu haben, zum Schuldenabtrage, zur Ernährung eines unehelichen Kindes, Erlernung einer Kunst, oder Profession u. s. w. gefordert, und von dem auf diese Weise abgefundenen Kinde darüber auch sonst unter den Lebendigen oder von Todes wegen disponirt werden. Diese Abfindung hat die Eigenschaft eines wahren Allodialerbtheils, und der Hofsbesitzer kann daher deren Auskehrung auf keine Weise versagen. Das höchste Tribunal hat auch hiernach, im Jun. 1805, in Sachen Schriefer w. Titjen in pto. debiti, entschieden.

LVIII. Erörterung.

Von der Competenz der Strafgerichtsbarkeit, durch Prävention, und deren Wirkung.

Wenn bei einem verübten Verbrechen der Gerichtsstand des Orts, wo dasselbe begangen ist, des Domicils des Verbrechers, und der Deprehension desselben, collidiren; so entscheidet nach unsern Landesgesetzen, ohne Unterschied zwischen Landesherrlichen und Patrimonialgerichten, das forum delicti commissi, ohne Rücksicht auf die Prävention[1]). Hat aber der Verbrecher in mehrern und verschiedenen peinlichen Gerichtsbezirken delinquirt, und successiv mehrere Verbrechen in verschiedenen Gerichtssprengeln begangen, so ist durch kein Landesgesetz entschieden, welchem Gerichte die Untersuchung obliegen soll. In solchen Fällen, wo das forum delicti commissi in zwei verschiedenen Gerichtsbezirken begründet ist, muß daher die Prävention entscheiden, und derjenige peinliche Richter die ganze Untersuchung führen, welcher zuerst solche gerichtliche Handlungen unternommen hat, wodurch die Rechts-

1) Verordnung vom 12ten März 1708. Criminal-Instruction cap. 4. §. 3. Damit stimmt auch das gemeine Recht überein. L. 7. §. 5. u. 22. L. de accusat. et inscript. L. 3 D. de Offic. praesid. L. 1. C. ubi Senator. L. 7. u. 11. D. de custod. et exhibit. reor. Nov. 69. c. 1. pr.

hängigkeit bewirkt wird. Dieser Grundsatz ist so wohl den gemeinen Rechten[2]), als der Analogie unserer Provincialgesetze [3]) gemäß, wenn es gleich angemessener seyn möchte, die Untersuchungspflicht demjenigen Richter gesetzlich aufzuerlegen, in dessen Gerichtsbezirk das größere, und strafbarere Delict verübt ist[4]). Die Prävention bewirkt aber nicht bloß das Recht, sondern auch die Verbindlichkeit alle Verbrechen zu untersuchen und zu bestrafen, welche der Inquisit begangen hat, und wegen welcher derselbe noch nicht gestraft ist[5]). Das prävenirende Gericht ist daher nicht befugt, durch Verzichtleistung auf seine Rechte, die Untersuchung einem andern Richter aufzubürden, oder nur das, in seinem Gerichtssprengel begangene leichtere Verbrechen zu untersuchen und zu bestrafen; den Inquisiten aber, wegen des an einem andern Orte verübten schwereren Verbrechens, dem Gerichte zur Untersuchung und Bestrafung zu überantworten, in welchem dasselbe begangen ist. Solche Anmaßungen des prävenirenden Richters können, des gemeinen Besten wegen, auf welches alle Gerichte eines Landes, und also auch die Criminalpatrimonialgerichte Rücksicht nehmen müssen, nicht geduldet, und verstattet werden[6]). Die Königl. Justiz-Canzlei zu Göttingen rescribirte hiernach, am 7ten April

2) Meister princ. iur. crim. §. 10. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts §. 516. Meister Abhandl. des peinl. Processes Th. 5. S. 624 ff.

3) Criminalinstruction c. 4. §. 3. Verb.: Wenn aber ꝛc.

4) Cremani de iure criminali lib. 3. c. 5. §. 16.

5) Tittmann Handb. der Strafrechtswissenschaft §. 631.

6) Martin Lehrb. des Criminalprocesses §. 41. Stübel Criminalverfahren § 374.

1819, ad acta die vom Gericht Hardenberg geschehene Auslieferung des Inquisiten Himme betr. dem Amte Bovenden: Wenn es gleich keinen Zweifel leidet, daß das schwerere Verbrechen in der Gerichtsbarkeit des dortigen Amts begangen ist; da jedoch das forum delicti commissi rücksichtlich eines andern peinlichen Verbrechens bei dem Gerichte Hardenberg vorhanden, solches auch weiter zu instruiren ist; nach der Analogie der Criminal-Instruction cap. 4. §. 3. aber angenommen werden muß, daß in Fällen, wo das forum delicti commissi in zwei verschiedenen Gerichtsbezirken zu begründen steht, die Prävention statt hat; diese aber bei dem Gerichte Hardenberg gegen die beiden Inculpaten zweifelsohne eintritt; so habt ihr euch der Untersuchung nicht zu unterziehen, vielmehr die Inculpaten, unter sicherer Bedeckung, an das Gericht Hardenberg zurückliefern zu lassen. Die von dem letztern dawider beim O. A. Gerichte erhobene Beschwerde ward, mittelst Bescheides vom 20sten Apr. 1819, zurückgewiesen. Sollten übrigens, was sich freilich nur selten ereignen wird, die Präventionen selbst collidiren, so muß das untersuchende Gericht entweder gütlich ausgemittelt, oder vom Oberrichter nach der Lage und Beschaffenheit der Umstände bestimmt, oder aber ein gemeinschaftliches Gericht angeordnet werden [7]).

7) Vergl. von Duve Zeitschrift für Gesetzgebung u. s. w. 1 B. 2. St. Lüneb. 1822. S. 130.

LIX. Erörterung.

Von der Verjährung der Injurienklagen.

Ueber die Verjährung der in den römischen Gesetzen, und deutschen Gewohnheiten gegründeten Klagen, mit welchen eine öffentliche und Privatstrafe, wegen erlittner Injurien, verfolgt werden kann, sind die Meinungen der Rechtsgelehrten verschieden. Nach der gewöhnlichen Theorie, welche auch Thibaut[1]) in Schutz nimmt, werden die Injurien aus dem Edict des Prätors — simple Verbalinjurien — mit dem Ablaufe eines Jahrs[2]); die Injurien aus der Lex Cornelia — Realinjurien, wegen eines Pasquills, gewaltsamen Eindringens in Häuser und Wohnungen — oder wenn wegen der erlittenen Beleidigung, ex moribus germanicis, auf Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung geklagt wird, binnen dreißig Jahren präscribirt[3]); die peinliche Strafe der Injurie aber in zwanzig Jahren verjährt[4]).

Dagegen behauptet Weber[5]), daß alle Injurienklagen, vorausgesetzt, daß die Beleidigung zu den bloßen

1) Ueber Besitz und Verjährung S. 146.

2) Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1258.

3) Schmidt a. a. O. §. 1263. 1268. 1273. Walch controv. iur. civ. p. 427. Hofacker princ. iur. civ. §. 3021. u. 3023.

4) Rave de praescript. §. 163.

5) Weber über Injurien und Schmähschriften Abth. 2. §. 18.

Privatvergehungen zu rechnen ist[6]) der Antrag mag auf eine öffentliche Bestrafung, oder auf eine nach dem Prätorischen Edict, der Lex Cornelia, oder dem deutschen Gerichtsgebrauch zu leistende Privatsatisfaction gerichtet seyn, mit dem Ablaufe eines Jahrs verjährt und erloschen wären. Diese Theorie ist auch von der Königl. Justizcanzlei zu Hannover und Göttingen angenommen, und vom O. A. Ger., am 10ten Jun. 1819, in Sachen Grote w. Warmbold, in pto. injuriarum, und am 16ten dess. M. u. J. in Sachen König w. Eggeling, pto. diffamationis, bestätigt. In der letzten Sache ist zugleich angenommen, daß ein, mittelst der Provocation ex Lege diffamari, auf Privatsatisfaction gerichteter Antrag, nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen sey[7]). Uebrigens fängt die Verjährung mit dem Tage der geschehenen Beschimpfung, oder verübten thätlichen Beleidigung an. Ist dem Kläger die Verbalinjurie unbekannt geblieben, so kann die Präscription erst von dem Tage der erlangten Wissenschaft anheben, weil früher für den Kläger gar keine Injurie vorhanden war[8]). Die Verjährung kann auch dann nicht

6) Ist die Beleidigung mit solchen beschwerenden Umständen begleitet, daß deshalb eine öffentliche Bestrafung eintreten muß, so ist der Richter verpflichtet, von Amtswegen einzuschreiten. Weber a. a. O. §. 16.

7) Jetzt kann der Beleidigte, auch nach eingetretener Verjährung der Injurienklage, die Diffamationsklage zu dem Zwecke erheben, damit die geschehene Lästerung, Anschuldigung, calumniöse Nachrede u. s. w. für unerwiesen öffentlich erklärt wird. Weber a. a. O. S. 147. Schmidt a. a. O. §. 276.

8) A. M. ist Weber a. a. O. S. 144.

nicht früher anheben, wenn der rechtliche Grund der Injurienklage von der rechtskräftigen Entscheidung eines Civilprocesses, oder einer eingeleiteten Criminaluntersuchung abhängt. In der oben erwähnten Sache, Grote w. Warmbold, ward daher angenommen und entschieden, daß bei einer angeschuldigten, aber durch die eingeleitete Criminaluntersuchung nicht erwiesenen Veruntreuung, und Verschleppung erbschaftlicher Sachen, die Verjährung der nachmals auf Abbitte und Ehrenerklärung erhobenen Klage, nicht von dem Tage des, in der Untersuchungssache erfolgten absolutorischen Erkenntnisses, sondern erst von dem Tage des späterhin in der Civilsache abgeleisteten Manifestationseides zu laufen angefangen habe.

LX. Erörterung.

Von der Lehnssuccession entfernter Agnaten des letzten Lehnsbesitzers.

Der Text[1]) des Longobardischen Lehnrechts, welcher die Erbfolgeordnung der vom ersten Erwerber abstammenden entferntern Seitenverwandten des letzten Lehnsbesitzers bestimmt, ist dunkel gefaßt. Es scheint, daß der alte Feudist vorzüglich den Unterschied zwischen der Succession nach Lehn- und nach Allodial-römischem-Rechte hat hervorheben, und zeigen wollen, daß nach jenem, aber nicht nach diesem, auf den Vorzug der Linie zu achten sey. Er bekümmerte sich nicht um die Erbfolgeordnung der Nebenlinien, die in der Hauptlinie, welcher bei der Theilung das Lehn zugefallen ist, entstehen können, ob er gleich derselben erwähnt; er bestimmte nicht, wie succedirt werden soll, wenn in derselben Linie, in der sich das Lehn befindet, mehrere Agnaten vorhanden sind, und er läßt in dem Falle die Lehnfolge ohne genaue Bestimmung, wenn nach dem Abgange und Aussterben der Linie, worin sich das Lehn befand, mehrere Seitenverwandten in den übrigen Linien vorhanden sind, welche auf die Succession in das eröffnete Lehn Anspruch machen.

Diese unvollständigen Bestimmungen des Lehnstextes veranlaßten eine große Verschiedenheit der Meinungen un-

1) II. F. 50.

ter den Lehnrechtsgelehrten, über die Lehnsfolge der entferntern Agnaten, außer den Brüdern und Bruderskindern, welche sich in drei Lehrgebäude auflösen: in das System der Stamm- oder reinen Linealerbfolge; der reinen Gradualsuccession; und der Lineal-Gradualerbfolge[2]). Das letztere System ist vom höchsten Tribunale zu Celle in frühern[3]) und neuern Zeiten für das Richtigste erklärt, und danach am 28sten März 1809, in Sachen Wiegrefe c. Ribock, in pto. Lehnsfolge; ingleichen am 26sten März 1819, in Sachen von Alten c. von Alten, wegen Succession in das Lehngut Dünau, dahin erkannt: Dann aber ad grav. 2dum die Erbfolge der Seitenverwandten in dem eröffneten Lehn nicht nach den Grundsätzen der reinen Lineal, sondern der Lineal-Gradualsuccession zu reguliren, und zu bestimmen ist, und solchemnach die zur Hand genommne Eidesdelation, da die Imploraten dem ultimo possessori um einen Grad näher verwandt sind, als der Implorant, sich als irrelevant darstellt, so kann dem Gesuche keine Statt gegeben werden, und ist daher das Urtheil vom 25sten Mai 1813 lediglich zu bestätigen.

2) Die Gründe für und wider ein jedes dieser drei Systeme hat Weber in s. Handbuche des Lehnrechts §. 144., zusammengestellt, gründlich geprüft, und mit überwiegenden Gründen das System der Lineal-Gradual-Succession in Schutz genommen.

3) a Pufendorf III. 136. und in Animadv. n. 20. Verordnung vom 24sten Mai 1822 — Gesetz-Sammlung J. 1822. S. 122.

LXI. Erörterung.

Geschäftsbriefe muß der Beklagte dem Kläger ediren.

Briefe, welche die Interessenten in einem gemeinschaftlichen Geschäfte, z. B. in Societäts-Lieferungs-Handelsangelegenheiten u. s. f. mit einander wechseln, werden des gegenseitigen Nutzens und Vortheils wegen geschrieben [1]). Sie dienen zur Erläuterung und Beurtheilung der gepflogenen Unterhandlungen, und der Natur des stattgehabten Rechtsgeschäfts. Aus der Zusammenhaltung derselben läßt sich das wahre und eigentliche Sachverhältniß meistens am zuverlässigsten ersehn, und entwickeln. Die Antworten auf erfolgte Schreiben sind als relata der letztern zu betrachten. Als propria scriptura et annotatio können aber dergleichen Briefe nie angesehn werden, weil die gepflogene Geschäftscorrespondenz zur Notiz der interressirten Theile kommt, und jeder derselben, in seinen Schreiben und Antworten, sich gegen geschäftswidrige Anmaßungen und Behauptungen protestirend verwahren kann. Das O. A. Gericht erkannte daher am 4ten Sept. 1804 in Sachen Cohen w. Urlaub, wegen Rechnungsablage, daß Beklagter schuldig sey, sub fide iuramenti die in seinen Händen befindliche Geschäftscorrespondenz dem Kläger zu ediren.

1) Pract. Erörter. VI. n. 19. S. 124.

LXII. Erörterung.

Minima non curat Praetor!

Durch den bekannten Ausspruch des Prätors: Kleinigkeiten achte ich nicht[1])! halten sich manche Unterrichter befugt, eine Parthei sogleich zurückzuweisen, welche einer Kleinigkeit wegen Klage erhebt. Das ist aber sehr Unrecht. Die kleinste Verbindlichkeit, die unbedeutendste Leistung, oder Gerechtigkeit fordert eben den gerichtlichen Schutz, als die größere und bedeutendere. Der Richter muß daher, auch in Kleinigkeiten, nach den Gesetzen sprechen, und er ist bloß zu einem abgekürzten Verfahren, und allenfalls nur zu einem billigen Durchgriffe befugt[2]). Des Prätors Rechtssatz ging auch gar nicht auf den Fall, wo auf die Erfüllung einer geringfügigen Verbindlichkeit geklagt ward; vielmehr wollte er, in Folge dieses Ausspruchs, nur einen Kläger zurückweisen, der einer Kleinigkeit wegen, eine bestehende Verbindlichkeit, oder ein Rechtsgeschäft, aus Billigkeitsrücksichten des prätorischen Rechts aufzuheben intendirte[3]). Nur in einem solchen Falle wollte der Prätor die Bedeutenheit oder Geringfügigkeit des Streitgegenstandes berücksichtigen, und attendiren. Die Untergerichte sind daher stets von den höhern hannöverschen Justizcollegien angewiesen, auch bei geringfügigen Objecten, nur nach Rechtssätzen zu erkennen.

1) L. 4. D. de restit. in integr.

2) Pract. Erörter. VI. 59.

3) Glück Commentar §. 438 und insonderheit Klüpfel über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts, Stuttgard 1817 II. n. 3.

LXIII. Erörterung.

Die Cession einer Schuldforderung faßt die darin bestellte Hypothek in sich.

Verschiedene Juristen [1]) sind der Meinung, daß bei der Cession einer Schuldforderung nur die persönliche Klage aus dem Darlehnscontracte abgetreten werde; weil diese, ihrer Natur nach, mit der Hypothek, oder dem Pfandrechte nicht nothwendig verbunden sey, und daß man nur aus besondern factischen Umständen berechtigt werden könne, zu schließen, daß bei der Abtretung einer Schuld, auch zugleich die Hypothek mit habe cedirt werden sollen. Aber, wenn man dagegen erwägt, daß das Pfand- und Hypothekenrecht doch allemal, wegen Sicherheit der Schuld selbst, constituirt wird, und derselben accessorisch anhängt; mithin so lange vermuthungsweise, und nach der Absicht der Contrahenten fortdauern soll, als die Hauptverbindlichkeit existirt; so dürfte sich wohl die entgegengesetzte Meinung rechtfertigen lassen. Die Gesetze [2])

1) Gmelin Ordn. der Gläubiger Kap. 4. §. 32. Klüpfel über einzelne Theile des bürgerl. Rechts II. n. 13.

2) L. 6. u. 23. D. de heredit. vel act. vend. Mühlenbruch von der Cession §. 57 u. 58. Westphal vom Kauf ꝛc. S. 621.

sprechen hierüber ziemlich deutlich, und wenn sie den Partheien auch Beschränkungen[3]) gestatten, so wird dadurch die Regel doch mehr bestätigt, als abgeändert. Allemal bleibt es indeß, bei der Verschiedenheit der Meinungen, rathsam und vorsichtig, wenn der Cessionar, neben der Hauptschuld, sich auch die Unterpfands-Bürgschaftsrechte u. s. w. des Gläubigers ausdrücklich mit cediren läßt[4]).

3) L. 23. D. cit. verbis: nisi aliud actum est.

4) Gmelin Aufsätze über Verträge u. s. w. §. 131.

LXIV. Erörterung.

Der Dienstpflichtige muß die Ausnahme erweisen, die er von einer anerkannten Dienstpflicht machen will.

Wenn der Dienstpflichtige die Dienstpflicht und Gattung des Dienstes an sich einräumt; aber behauptet, daß er z. B. nur zu Bestellung des Ackers zum Winterkorn, und nicht zum Sommerkorn; die Düngerfuhren zwar im Herbste, allein nicht im Vorsommer u. s. w. zu leisten schuldig sey; so ist solches als Ausnahme von der Regel anzusehn, und der Dienstpflichtige schuldig, seine behauptete Limitation zu erweisen, wie das K. O. A. Gericht, am 20sten Oct. 1819, in Sachen v. d. Knesebeck w. Fäsche, wegen Dienstverbindlichkeit, und in verschiedenen andern Sachen des erstern gegen seine Dienstpflichtigen erkannt hat.

LXV. Erörterung.

Benutzung des Quellwassers.

In Sachen des Vollhöfners Hormann zu Einzingen, wider den Vollhöfner Behrmann daselbst, wegen einer Quelle, erkannte das Königl. Oberappellationsgericht am 21sten Oct. 1819 also: Alldieweil aus des Imploraten Geständnisse sich hinlänglich offenbart, daß das streitige, auf des Imploraten Grund und Boden entspringende, und auf des Imploranten Besitzungen herabfließende Quellwasser von diesem seit langer Zeit zu einer Viehtränke und zu Bewässerung seiner Wiesen benutzt worden, das alte Herkommen aber hierunter, Kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift [1]), den Gebrauch auf ungestörte Fortsetzung desselben vollkommen begründet, mithin eines weitern Beweises des vom Imploranten behaupteten Rechts es überall nicht bedarf, so ist der Implorat mit seiner, auf alleinige Benutzung des gedachten Quellwassers gerichteten Klage ab und zur Ruhe zu verweisen [2]).

1) L. 7. C. de servit. et. aqua. Westphal de Servit. praedior. §. 834.

2) Vergl. Pract. Erörter. VI. 14.

LXVI. Erörterung.

Wer die Gemeinweide durch Verpachtung, oder Aufnahme fremden Viehes benutzt, muß danach seinen eignen Viehstand herabsetzen.

Das Königl. O. A. Gericht zu Celle erkannte, am 22sten Oct. 1819, in Beziehung auf den obigen Gegenstand, in Sachen v. d. Knesebeck w. Bürgermeister und Rath zu Wittingen, wegen Hut und Weide, auf folgende Weise: Wenn gleich ein Weide-Interessent, in so fern er die ihm in Absicht der Anzahl und der Art des Viehes vorgeschriebenen Grenzen der Benutzung nicht überschreitet, sein Weiderecht zu verpachten, und unter seinem eignen fremdes Vieh aufzunehmen, wohl berechtigt seyn möchte: Nachdem er jedoch die Befugniß nicht haben kann, sothanes ihm zustehende Weiderecht zugleich durch sein eigenes Vieh auszuüben, und eben dieses Recht durch Verpachtung zu benutzen; Uebrigens aber ein privatives Eigenthum der gemeinen Weide qu. und daß den Imploranten darauf bloß iura Servitutis competiren, imploratischer Seits bis lang völlig unerwiesen geblieben ist, noch zur Zeit mithin lediglich iura paria anzunehmen sind, sonach folglich Imploraten in Zukunft entweder der fraglich einseitigen Benutzung sich zu enthalten, oder aber ein hierunter ihrer Seits erworbenes ausschließliches Recht zu erweisen schuldig sind, u. s. w.

LXVII. Erörterung.

Von der Beschaffenheit des früher erduldeten Strafübels bei der Bestrafung des dritten Diebstahls.

Die P. G. O.[1]) hält einen Dieb, der zum drittenmal gestohlen hat, für einen gefährlichen, vom Hange zum Stehlen nicht ablassenden, gleichsam mit dem Diebsorgan gestempelten Menschen, achtet ihn einen Vergewaltiger gleich, und er soll, wie der Letztere, am Leben gestraft werden[2]). Diese strenge und harte Strafe des zum drittenmal verübten Diebstahls hat die Gesetzgeber und Criminalisten veranlaßt, sie auf verschiedene Weise zu beschränken. Nach unserer Criminalgesetzgebung soll sie auch nur dann statt finden, wenn ein solcher Dieb — wie er in der peinlichen Gerichtsordnung beschrieben wird — um ein oder mehr vorhin begangener Diebereien willen gestraft ist[3]). Ueber die Art des bereits ein, oder mehrmal vorhin erduldeten Strafübels hat sich aber

1) Art. 162. M. vergl. die 77ste Erörterung.

2) Bei gewaltsamen Diebstählen kommt es auf den wiederholt begangenen Diebstahl nicht an. Art. 163. der P. G. O. Tittmann Handb. der Crim. Rechtswiss. §. 466.

3) Königl. Rescripte vom 17ten Mai 1722 u. 1sten Nov. 1743. Meister pract. Bemerkungen B. 2. S. 114.

der Gesetzgeber nicht genau und bestimmt erklärt; doch kann man, bei der beabsichtigten Milderung der Strafe überhaupt, wohl voraussetzen, daß derselbe dabei nicht an eine ganz gelinde und leichte criminelle Bestrafung — Policeistrafen kommen gar nicht in Betracht — sondern vielmehr an eine bedeutende und nachdrückliche, wegen eines eigentlichen, in der peinl. Gerichtsordnung verpönten Diebstahls[4]) vorhin schon, wenigstens einmal, statt gefunden Strafe, gedacht haben wird.

In dem Sinne und der Absicht des Gesetzgebers möchte es indeß schwerlich gelegen haben, nur in dem Falle die ordentliche Strafe des dritten Diebstahls gestatten zu wollen, wenn gegen den Dieb bereits früherhin, Diebstahls wegen, eine öffentliche bedeutende Arbeits- oder derselben gleichzuachtende Strafe erkannt und vollstreckt gewesen ist[5]). Die, wider einen solchen Dieb vollzogenen criminellen Gefängnißstrafen schließt der Gesetzgeber in dem Rescripte vom 17ten März 1722 nicht namentlich aus. Unter gewissen Umständen und wenn ein eigentlicher Diebstahl dadurch geahndet ist, kann man sie als Leibesstrafen betrachten, zumal wenn die Gefängnißstrafe von bedeutender Dauer, oder mit beson-

4) Nach der Praxis pflegen indeß, eben wegen der so harten Bestrafung des dritten Diebstahls, Haus- Feld- und Garten, Holz- Wild- Fischdiebstähle u. dergl., wenn sie gleich nach unsern Landesgesetzen scharf bestraft werden, beim dritten Diebstahle nicht mit in Anrechnung gebracht zu werden. Pract. Erörter. II. 47. §. 5. und unten nro. 77. Note 1.

5) Wie Meister a. a. O. S. 117. Grolmann Criminalrecht §. 197 u. a. m. annehmen, und womit auch die bisherige Praxis unserer Criminalhöfe übereinstimmte. Pract. Erörter. a. a. O.

derer Schärfung, z. B. Peitschenhieben, Ausstellungen am Pranger und Halseisen, Carena u. s. w. verbunden gewesen ist. Aber nur unter solchen Umständen dürfte sich der Criminalrichter ermächtigt halten, früher erlittne Gefängnißstrafen im Wege Rechtens, bei der Bestrafung des dritten Diebstahls in Anrechnung zu bringen; jedoch ihn zugleich jedesmal veranlassen, auf eine Milderung der ordentlichen Strafe im Wege der Gnade anzutragen. Diese Ansichten sind auch in zwei Rescripten des K. Justizdepartements an die Justiz-Canzleyen zu Celle und Göttingen, vom 5ten Mai 1817 und 27sten Oct. 1819, ad Acta den Inquisiten Fischer, und den Inquisiten Schlimme betreffend, ausgesprochen.

LXVIII. Erörterung.

Das Statut der Stadt Soltau.

Die Herzöge Bernhard und Heinrich[1]) verliehen dem Städchen Soltau, im Jahr 1388, das Weichbildsrecht der Stadt Celle durch folgende Urkunde[2]): „Wy Bernd und Hinrik van godes gnaden, Hertogen to Brunswig und to Lüneborch bekennen openbare in dessеme breve vor uns vnse erven vnd Nakomelinge, hertogen to Lüneborch, dat wi hebbet begnadet vnse leue getruwen borgere to Soltowe vnd gegenen alle gnade vnd wicbeldes recht, alse de borgere van Tzelle gehat hebben vnd noch hebben, von vnsen vornuaren hertogen to Lüneborch wente an desse tid vnd willet se dar truveliken bybeholden, desses to orkunde hebbe wy vnse Ingesegelen witliken gehenget laten an dessen Breff, de geue is to Lüneborch na godesbort driteynhundert Jar dar na In dem oecht und achtigesten Jare des noisten vedages na dem hilligen Dage aller Apostеln alse se gedeylet worden.

Die Stadt Soltau hat durch dieses Privilegium, wie sich von selbst versteht, und auch die Worte desselben:

1) Steffens Braunschw. Lüneb. Geschichte §. 126 f.

2) Sie ward in Sachen der Amtsvoigtei Fallingbostel, w. den Magistrat zu Soltau, in pto. iurisdictionis, vom letztern in beglaubter Abschrift, im J. 1818, bei Königl. Justiz-Canzlei zu Celle ad acta gebracht.

„wente an desse Tid" ergeben, nur diejenigen statutarischen Rechte empfangen, die der Stadt Celle damals zustanden, mithin bloß das Stadtrecht, welches derselben im Jahr 1301 vom Herzog Otto verliehen war[3]). Auf die spätern, der Stadt Celle ertheilten landesherrlichen Privilegien, und namentlich auch auf das neuere, gänzlich umgeformte, verbesserte und erweiterte Stadtrecht, was der Stadt Celle im Jahr 1537 von den Herzogen Franz und Ernst verliehen ist, und bis auf den heutigen Tag seine Gültigkeit erhalten hat[4]) kann daher die Stadt Soltau keine Ansprüche machen.

3) Topograph. Bruns p. 215. Leibniz introduct. Tom. 3. p. 16. Bilderbeck Nachricht von Celle S. 7. seines Zell. Stadtrechts. Steffens histor. Abhandl. von einigen Merkwürdigkeiten der Stadt Celle S. 76. Meine Miscellaneen zur Erläuterung des Zellischen Stadt und Bürgerrechts, Zelle 1798 n. 1.

4) Meine Ausgabe des Celleschen Stadtrechts, Hannover 1800. 8.

LXIX. Erörterung.

Von der Strafe des Pferdediebstahls.

1.

Unter den, in der Verordnung vom 24sten Nov. 1772, wegen Bestrafung der Hausdieberei, erwähnten Gegenständen kommt zwar der von den Dienstboten an dem Viehe, und überhaupt an den Thieren der Dienstherrherrschaft verübte Diebstahl namentlich nicht mit vor[1]); indeß leidet es doch, bei der Allgemeinheit jener Verordnung, wohl keinen Zweifel, daß auch an dem Viehe der Brodherrschaft, von den Dienstboten derselben, ein Hausdiebstahl begangen werden kann. In dem Falle, wo mit dem Viehdiebstahle zugleich ein Hausdiebstahl verbunden ist, kann freilich nur auf eine Strafe, aber doch immer auf diejenige erkannt werden, welche die strafbarste Seite des Verbrechens hervorbringt[2]). Daher ward von K. Ju=

1) Auch in andern deutschen Gesinde= Dienstboten= und Hausdieberei=Verordnungen, die ich einzusehn Gelegenheit gehabt habe, ist der von den Domestiken an dem Viehe der Herrschaft begangene Diebstahl nicht mit ausgezeichnet.

2) Koch inst. iur. crim. §. 158. b. Klein peinl. Recht §. 159. Böhmer ad Art. 163. C. C. C. von Grolmann Grundſ. der Criminalrechtswiss. §. 175. Tittmann Handb. der Strafrechtsw. §. 45. 110 ff.

K. Justiz-Canzlei zu Celle, im Jahr 1819 den Inquisiten Wischeloh betreffend, angenommen, daß der von ihm, als Dienstknecht, begangene Pferdediebstahl nicht nach der Hausdiebereiverordnung, sondern nach dem Edicte, vom 22sten Nov. 1708, gegen die Pferdediebe, zu bestrafen sey; weil der Pferdediebstahl, in mehrern Beziehungen, die strafbarste Eigenschaft unter den concurrirenden Verbrechen hervorbrachte.

2.

Zum Thatbestande eines Pferdediebstahls genügt es, und er ist als vollendet und geendigt zu betrachten, wenn der Dieb das Pferd aus dem Stalle, von der Weide, oder jedem andern Orte in diebischer Absicht fortgeschafft hat, wenn es gleich in seinem Plane lag, dasselbe noch weiter von dem Orte fortzubringen, wo er mit demselben betreten und verhaftet ist. Zur Perfection des Diebstahls ist daher nicht erforderlich, daß der Dieb das gestohlne Pferd an einen sicher geglaubten Ort, oder gar in seinen Gewahrsam, in seine Wohnung, oder Behausung gebracht haben muß. Wird aber der Verbrecher an der intendirten diebischen Entwendung und Wegführung des Pferdes zufällig verhindert, dabei betreten, oder nachher, und also nach mißlungenem Versuche ertappt, so soll dennoch, nach dem angeführten Edicte, ein solcher Versuch schärfer gestraft werden, als bei andern Diebstählen, die nicht ausgeführt wurden [3]).

3.

Die Unkenntniß eines Territorialstrafgesetzes entbindet, in der Regel, auch den ausländischen Ver-

3) Böhmer de abigeatu et furto equorum §. 82. in den Elect. iur. civ. Tom. III. p. 336.

brecher nicht von der ordentlichen gesetzlichen Strafe[4]). Aber bei dem Pferdediebstahl hat der höchste Gesetzgeber dahin seinen Willen allgemein zu erkennen gegeben, daß eine völlig unverschuldete Ignoranz der edictmäßigen Bestrafung hinreichen soll, von der Strafe des Stranges zu befreien. Zwar ist in dem Gesetze bestimmt, daß bei der Bestrafung der Pferdediebe kein Unterschied zwischen Fremden — Ausländern — und Einheimischen — Landesunterthanen — gemacht werden soll; aber dadurch wird doch die Nichtkenntniß des Gesetzes, als Entschuldigungs- oder Milderungsgrund, keinesweges direct und absolut ausgeschlossen, da auch ein Ausländer von der edictmäßigen Bestrafung Kenntniß erlangt haben kann. Die späterhin, in einer Verordnung vom 1sten Jun. 1735[5]) befohlne jährliche öffentliche Bekanntmachung des Strafgesetzes von allen Kanzeln, läßt auch schon vermuthen, daß der Gesetzgeber die Ignoranz dieses scharfen Strafgesetzes nicht als etwas ganz Gleichgültiges bei dessen Anwendung hat angesehn wissen wollen; weil gerade durch die angeordnete jährliche öffentliche Verkündigung der, von der Unkenntniß dieses sehr strengen Pönalgesetzes entlehnte Entschuldigungsgrund, aus dem Wege geräumt werden sollte. Um jedoch alle Zweifel hierüber zu entfernen, ist durch ein, schon am 29sten Dec. 1738 an die Justizcanzlei zu Hannover ergangenes, landesherr-

4) von Grolmann a. a. O. §. 107. Tittmann Handb. der Strafr. Wissenschaft §. 62. Kleinschrod Grundbegr. des peinl. Rechts Th. 1. §. 144. — Auch in Beziehung auf den, von Ausländern in den hiesigen Landen begangenen Pferdediebstahl, behaupten solches Struben rechtl. Bedenk. IV. 28. und 135. Böhmer de furto equor. §. 78.

5) in C. C. L. cap. 2. p. 768.

liches Rescript die höchste Willensmeinung dahin zu erkennen gegeben: daß die schuldlose Unbekanntschaft mit dem Strafgesetze ein hinreichender Grund seyn soll, von der gesetzlichen Todesstrafe abzugehn. In Conformität dieser Landesherrlichen Bestimmung ward daher der Pferdedieb Wischeloh, der als Ausländer von dem Edicte und der darin enthaltenen speciellen Strafsanction unverschuldet gar keine Kenntniß gehabt hatte, im Jahr 1819 von der Königl. Justizcanzlei zu Celle, im Wege Rechtens, mit der Todesstrafe verschont, und auf zehn Jahr zum Festungsbau condemnirt.

LXX. Erörterung.

Falsche Berichte. Bestechung.

Bei der gesetzlichen Bestrafung[1]) der Beamten und Bedienten, welche falsche Berichte machen, oder Geschenke nehmen, wird nicht vorausgesetzt, daß ein Unterthan durch den falschen Bericht, oder widerrechtliche, durch Bestechung veranlaßte Resolutionen u. s. w. wirklich Schaden erlitten haben müsse. Der bewirkte Nachtheil eines unschuldigen Dritten, ist nur einer von den im Gesetz verpönten Fällen, wobei auch noch der Fall ausdrücklich bemerkt wird: „Wenn ein Officiant in den Dingen, die in seine speciale Amtspflicht laufen, das Befohlne und Verordnete der Gebühr nach nicht auszurichten sich erkühnen;" desgleichen: „in Regierungs- Cammer- Justiz- und andern Sachen Geschenke zu nehmen — sich unterstehen sollte."

1) Landesverordnung vom 13ten Jun. 1729. und 29sten Sept. 1741. in Corp. Const. Luneb. cap. 2. p. 816. seq.

LXXI. Erörterung.
Von der Strafe ungetreuer Rechnungsbeamten.

Nach dem Edicte vom 13ten April 1705 werden die ungetreuen Rechnungsbedienten, welche herrschaftliche Gelder und Einkünfte zu erheben und zu berechnen haben, an Leib, Ehre und Leben gestraft. Das bloße Factum der dolosen Entwendung von 100 und mehr Thalern der herrschaftlichen, oder dem Cassenbedienten anvertrauten öffentlichen Gelder, ist in thesi hinreichend, die geordnete Todesstrafe gegen den Rechnungsbeamten zu erkennen. Wie derselbe die untergeschlagenen, der Casse wirklich entzogenen Gelder verwendet hat, ob bloß zum eignen Gebrauche, oder zum Weggeben an andere, darauf kommt bei der Strafbestimmung nichts an. Das Edict macht die Bestrafung nicht davon abhängig, daß der ungetreue Rechnungsbediente die untergeschlagenen Gelder zu seinem selbst eigenen Nutzen verwendet haben muß; im Gegentheil heißt es darin ausdrücklich: „entweder zu seinem Nutzen und Gebrauch, oder sonsten andrergestalt, wohin wir es nicht verordnet.“ Die Limitation des Gesetzes, daß der Verbrecher bei dem Facto der dolosen Entwendung die Absicht gehabt haben müsse, die untergeschlagenen Gelder in seinem eignen Nutzen zu verwenden, und daß solches wirklich geschehen sey, findet sich in dem Edicte nicht begründet, und daher kann auch bei der Theilnahme mehrerer Cassenbedienten an der Entwendung herrschaftlicher, oder öffentlicher Gelder, das beneficium divisionis nicht für statthaft gehalten werden, wie im Jahr 1817 in Untersuchungssachen wider J. H. Tewes und Complicen angenommen ist.

LXXI. Erörterung.

Von der Beweiskraft jüdischer Trauungspacten.

Nach den Ritualgesetzen der Juden, und den Satzungen der Rabbinen, sind bei deren Ehebündnissen zwei besondere Verträge erforderlich. In dem ersten — Verlobungspacten — werden die Gegenstände des Vermögens bestimmt, welches die Verlobten selbst besitzen, oder von ihren Eltern und Verwandten erhalten, und in die Ehe einbringen sollen und wollen; wo die Hochzeit seyn, das junge Ehepaar wohnen; was es an Kleidungsstücken, Brautgeschenken haben; wie es der Todesfälle wegen gehalten werden, und wie viele Geldstrafe der zurücktretende Verlobte erlegen soll u. s. w. Für letztere werden von beiden Theilen Bürgen gestellt. In diesem Contracte wird also bloß verabredet, was künftig geschehen soll, und er enthält eine bloße vorläufige Uebereinkunft unter den Interessenten. In den zweiten — Trauungspacten — welche bei der Trauung, oder Vollziehung der Ehe selbst errichtet werden, wird angezeigt, in wie weit dasjenige wirklich erfüllt und vollzogen ist, was in den ersten Ehepacten nur vorläufig verabredet war, wie viel mithin jeder Theil der Ehegatten an baarem Gelde, Aussteuer, Hausgeräthe Brautgeschenken u. s. w. mit bekommen und in die Ehe gebracht hat.

Beide Arten der jüdischen Ehepacten werden, nach den Ehegesetzen und Gebräuchen der Juden, meistens von einem Rabbinen, oder Räbben (Schulmeister) in hebräischer Sprache*), nach einem seit den ältesten Zeiten gebräuchlichen Formulare[1]) abgefaßt, selten von den Partheien selbst, sondern nur von zwei männlichen jüdischen Zeugen unterschrieben[2]). Ob durch dergleichen Ehepacten, z. B. bei einem über des Mannes Vermögen nachmals ausgebrochnen Concurse, von Seiten der Ehefrau die geschehene Illation des Brautschatzes, Zugebrachten u. s. w. vollständig erwiesen wird? ist zweifelhaft. Pufendorf[3]), Struben[4]) und andere[5]) verneinen diese Frage, weil durch die Unterschrift zweier ungeschwornen Zeugen nichts erwiesen werde. Dieser gemeinrechtliche Grundsatz[6]) dürfte

*) Pract. Erörter. VI. 44.

1) Man findet sie bei Pufendorf T. I. obs. 96. (Mendelssohn) Ritualgesetze der Juden, im Anhange. Thiele princ. iurispr. iudaicae p. 243.

2) Zuweilen unterzeichnet sich einer der Zeugen auch als Beglaubter, Beglaubigter. Der Beglaubte ist eine Art öffentliche Person, welche von der ganzen Judenschaft gewählt wird, und durch ihre Unterschrift wird den Contracten, unter den Juden, eine gewisse öffentliche Glaubwürdigkeit ertheilt. Der Beglaubigte trägt den Contract in das dazu bestimmte Buch ein, und fertigt die sogenannten literas stores — Star — zu mehrerer Beglaubigung aus. a Pufendorf Animadv. n. 124 u. 125.

3) Tom. 1. obs. 96. §. 2.

4) rechtl. Bedenk. III. 67. §. 2.

5) Orts merkw. Rechtshändel Th. 8. n. 9. Beck de iur. iudaeor. c. 5. §. 3.

6) L. 9. C. de test. cap. 51. in f. X. de test. Pract. Erörter. I. 24. § 3.

indeß auf die zweiten oder Trauungspacten jüdischer Eheleute nicht füglich anzuwenden seyn. Nach den Ritualgesetzen der Juden werden die zweiten Ehepacten öffentlich errichtet, und zwar gerade zu dem Zwecke, um glaubhaft zu beurkunden, daß Alles, was in den ersten Ehepacten verabredet worden, auch wirklich vollzogen, mithin der Brautschatz, Aussteuer u. s. w. erlegt, ausgezahlt, und mitgegeben sey. Nach den jüdischen Gesetzen und den Satzungen der Rabbinen sind die von zwei männlichen Zeugen unterschriebenen Ehepacten, keine bloße Privatdocumente, mithin auch auf sie, die für die letztern im gemeinen Rechte [7]) enthaltenen Vorschriften nicht anwendbar, sondern sie sind öffentliche, völligen Glauben verdienende Urkunden [8]). Bei der Aufnahme der Trauungspacten, worin besonders auch der wirklichen Auszahlung des Brautschatzes u. s. w. erwähnt wird, geschiehet Alles auf eine förmliche und feierliche Weise; es liegt darin eine Art religiöser Handlung, und billig wendet man auch darauf die eignen jüdischen Rechtsnormen an [9]). Als daher das Amt Zelle, in Sachen Sophie Ahron, w. den in ihres Ehemannes Concurse bestellten Curator, Dr. Breden, pto. dotis et illatorum, den Beweis der Illation des Brautschatzes, durch die producirten förmlichen Trauungspacten, mittelst Erkenntnisses vom 18ten Mai 1819, für geführt erklärte, ward dasselbe von der Zellischen Justizcanzlei, in der Appellationsinstanz, aus dem Grunde bestätigt, weil die producirte Ehestiftung zum Beweise der Illation hinlänglich sey.

7) L. 5. 6. 7. C. de probat.

8) Ritualgesetze der Juden von Mendelssohn S. 111. 119. 128 f.

9) Runde deutsches Privatr. §. 644.

LXXIII. Erörterung.

Darf der Gegenbeweisführer unter die Reprobatorialartikel, für denselben Zeugen, auch solche aufnehmen, welche denen direct entgegen sind, worüber er als Beweiszeuge vernommen werden soll?

Daß der Be- und Gegenbeweisführer, wegen Gleichheit ihrer Rechte und Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel[1]), sich der nemlichen Person zum Be- und Gegenbeweise bedienen können, hat keinen Zweifel[2]). Aber die Frage: ob es dem Gegenbeweisführer erlaubt ist, unter den Reprobatorialartikeln, für denselben Zeugen, auch solche mit aufzunehmen, die auf das directe Gegentheil derjenigen factischen Umstände gerichtet sind, worauf der Beweisführer, für den nemlichen Zeugen, bereits Beweisartikel gestellt hat? findet sich in unsern Proceßgesetzen nicht entschieden, und sie wird auch nur von wenigen Processualisten berührt.

1) Martin bürgerl. Proceß §. 175 a.

2) Danz bürgerl. Proceß §. 256. Oesterley Handb. des Processes für das Königreich Hannover Th. 2. §. 222. Die L. 23. D. de testibus handelt vom accusatorischen Proceß, und ist mithin auf Civilsachen nicht zu erstrecken. Püttmann Adv. iur. Lib. 2. c. 21.

Claproth [3]). und Sieber [4]) verneinen die Frage; weil der nemliche Zeuge eine und dieselbe Thatsache nicht zugleich bejahen und verneinen könne, ohne einen Meineid zu begehen, und es überhaupt überflüssig sey, dieselbe Person in den verschiedenen Eigenschaften eines Be- und Gegenbeweiszeugen, so wohl in bejahender als in verneinender Form, zugleich zu vernehmen.

Diese Gründe sind indeß nicht hinreichend, um den Gegenbeweisführer mit dergleichen Reprobatorialartikeln richterlich zurückzuweisen. Er hat das Recht, des nemlichen Zeugen sich zum Gegenbeweise zu bedienen, welchen der Gegner zu seiner Beweisführung vorgeschlagen hat. Der directe Gegenbeweis ist zulässig, mithin müssen auch die Reprobatorialartikel, die an keine andere Form gebunden sind [5]), als die Beweisartikel, auf das directe Gegentheil der letztern gerichtet werden können [6]), und auch unsere Proceßnormen untersagen es nirgends, daß ein und derselbe Zeuge, über sich widersprechende Be- und Gegenbeweisartikel, nicht sollte vernommen werden dürfen. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde offenbar, wider die Rechte der Gleichheit der Partheien, hinsichtlich des Beweises, der Beweisführer zum Nachtheil des Reproducenten begünstigt werden. Aus dem Grunde einer möglichen Ueberflüssigkeit, die ohnehin nur in seltenen Fällen eintreten möchte, darf daher der Richter die, den Beweisartikeln direct widersprechenden Reprobatorialar-

3) im Processe §. 302.

4) in der Anleit. z. gerichtl. Proceß. §. 963.

5) Oberappellat. Ger. Ordn. Th. 2. Tit. 8. S. 1. §. 13.

6) Der Fall, dessen die O. A. G. O. a. a. O. §. 6. erwähnt, gehört nicht hierher.

tikel, für denselben Zeugen, nicht verwerfen. Eine Gewissensverletzung ist übrigens für den Zeugen dabei nicht zu besorgen; denn es wird von ihm nicht gefordert, die articulirten Thatumstände zu bejahen, und zu verneinen; im Gegentheil verbindet ihn der geleistete Zeugeneid bloß dazu, die rechte reine Wahrheit über den Thatumstand zu sagen, der ihm zur Beantwortung vorgelegt wird, und man darf mithin die Möglichkeit nicht voraussetzen, daß derselbe Zeuge den articulirten Thatpunct zugleich bejahen und verneinen werde. In Erwägung dieser Rücksichten erkannte das Oberappellationsgericht, am 23sten Nov. 1819, in Sachen Röhrs w. Hilmer, in pto. debiti, auf folgende Weise: Wenn es nun an einer gesetzlichen Vorschrift ermangelt, welche in dem Falle, wo beide Theile desselben Zeugen, Behuf ihres Beweises sich bedienen, es gestattete, die Befugniß des Gegenbeweisführers (unter den Reprobatorialartikeln solche mit aufzunehmen, welche auf das directe Gegentheil der gestellten Beweisartikel gerichtet sind) zu beschränken; auch aus der Natur der Sache kein Grund zu entnehmen ist, der eine solche Beschränkung erfordern könnte u. s. f. Nach völlig gleichen Principien ist auch von der Zellischen Justizcanzlei, am 23sten Nov. 1823, in Sachen Lindenberg w. Priem, in pto. debiti, erkannt.

LXXIV. Erörterung.

Von dem Kartoffelnzehnten.

An den wenigsten Orten werden die Kartoffeln in einer zusammenhängenden Zehnt-Flur, sondern auf einzelnen zehntpflichtigen Ackerstücken, meistens in den Brachfeldern gebauet, wo die letztern herkommlich sind. Schon deßhalb, und besonders aus dem Grunde kann die Verordnung vom 30sten Mai 1800 §. 7. auf den Kartoffelnbau keine Anwendung finden, weil diese Frucht zu den Futterkräutern und Gewächsen eigentlich nicht gezählt, wenn gleich das Vieh hin und wieder damit gefüttert wird.

Daß dem Zehntherrn auch von den Kartoffeln der Zehnte gebührt, welche auf zehntpflichtigem Lande gebauet werden, hat gar keinen Zweifel[1]). Sehr oft sind indeß die Zehntherrn, seit dem Anbaue der Kartoffeln, statt des Naturalzehnten, mit einem Geldäquivalente zufrieden gewesen, welches nach Morgenzahl, Quadratruthen, oder auf andere Weise festgesetzt ist. Aber eine solche Vereinbarung ist der Naturzehntziehung an sich nicht hinderlich[2]), und die Zehntpflichtigen können nur in den Fällen eine Befreiung davon rechtlich fordern, wenn ihnen deßhalb entweder ein besonderer den Naturalzehnten ausdrücklich

1) Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 264.

2) Landwirthschaftsrecht §. 261.

aufhebender Vertrag, oder ein qualificirter Besitz zur Seite steht, wie vom Königl. Oberappellationsgerichte, am 14ten Jan. 1820, in Sachen der Zehntpflichtigen zu Hagen, w. Sellhorn, in pto. Kartoffelnzehntens, entschieden ist.

Zu der Naturalauszehntung wird übrigens entweder die zehnte Quadratruthe, oder die zehnte Reihe der Kartoffeln, oder der zehnte Theil des Kartoffelnstücks genommen. Ob aber die Zehntpflichtigen, oder Zehntherren sie auszuroden haben? entscheidet sich zunächst aus Verträgen oder Herkommen. Fehlt es an diesen Normen, so liegt dem Zehntherren die Ausrodungsverbindlichkeit ob; weil er zwar von den Bestellungs-, aber nicht von den Kosten des Einbringens- und Einsammelns seines Zehnten frei ist, und was hin und wieder von den Halmfrüchten gilt — sich selbst fahrende Zehnten — auf die Gewächse über oder unter der Erde, welche keine Halmfrüchte sind, nicht ausgedehnt werden darf[3]).

3) Wenn ich im Handb. des Landwirthschaftsrechts, 1 Aufl. §. 266. N. 3. das Gegentheil behauptet habe, so nehme ich jetzt diese Meinung zurück.

LXXV. Erörterung.

Ueber die Beschaffenheit des dem Gutsherrn zu liefernden Zinskorns.

Ueber die Qualität der von den Gutsleuten zu prästirenden Zinsfrüchte — Korn- oder Fruchtzinsen — pflegt in den Meierbriefen selten eine Bestimmung enthalten zu seyn. Nach der Natur des Meiercontracts sind alle dergleichen Zinsprästationen ursprünglich zur eignen Consumtion des Gutsherrn, und dessen Haushaltsführung bestimmt gewesen. Es versteht sich daher ganz von selbst, daß die zu liefernde Zinsfrucht, ihrem Zwecke gemäß, in untadelhafter Güte, gedroschen, und gut gereinigt, abgeliefert werden muß[1]). Bessere Früchte, als auf dem Colonate gewachsen und gewonnen sind, ist aber der Gutsmann, ohne besondere Verabredung, oder erweisliches Herkommen, dem Gutsherrn zu liefern nicht verbunden; weil sie in einer, von dem Meierlande zu prästirenden, gutsherrlichen Natural-Abgabe bestehn. Ist auf demselben, wie hin und wieder vorkommt, nur schlechtes Korn, z. B. halb gute Körner, halb Drespen oder Rädel, durch die Natur vermengt gewachsen, und kann der Zinspflichtige diese Thatsache erweisen, so ist er nicht verpflichtet, bes-

1) In mehrern Provincial-Colonatgesetzen ist solches auch ausdrücklich verordnet. Calenberg. Meierordnung v. J. 1772 §. 3. Vergl. Pract. Erörter. B. 6. S. 439. Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 254. Preuss. Landrecht Th. 2. Tit. 7, §. 475.

seres und reines Korn anzukaufen und zu liefern; weil seine Verbindlichkeit nur darauf beschränkt ist, solche Früchte rein und unvermengt zu liefern, wie sie auf dem zinsbaren Gute selbst gewonnen und eingescheuert sind [2]). Hiernach ist auch vom Königl. Oberappellationsgerichte, am 1sten Dec. 1805, in Sachen Sander w. Stromeyer, in pto. Zinspflicht, gesprochen.

Bauet und erndtet aber der Meyer auf seinem Lande Korn von unvermischt verschiedener Güte, z. E. weißen und rauhen Hafer, so ist er zwar nicht schuldig, den Zins gerade von der besten Gattung zu liefern; aber eben so wenig kann auch der Gutsherr verbunden seyn, das ihm gebührende Zinsquantum bloß von der schlechtern und geringern Fruchtart anzunehmen. Nach allgemeinen Rechtsprincipien, und der Billigkeit muß in solchem Fällen der Kornzins verhältnißmäßig von der bessern und geringern Fruchtart entrichtet, und angenommen werden, wie die Zellische Justiz-Canzlei, am 30sten August 1822, in Sachen von dem Knesebeck w. Otto zu Erpensen, pto. Kornzinses entschieden hat. In dieser Sache ward auch angenommen, daß der Gutsherr, welcher behauptet, daß ihm eine schlechtere Fruchtgattung geliefert, als im Durchschnitte auf des Meiers Lande gewachsen sey, den Beweis dieser Thatsache zu führen habe.

Wenn indeß auf dem Meierlande eine stipulirte Frucht- und Kornart gar nicht gebauet wird, so muß sie der Zinsmann ankaufen, und in untadelhafter Güte dem Gutsherrn liefern. Bauet und erndtet er aber in der Folge eine bessere Art der zu liefernden Fruchtgattung, z. B. weißen statt rauhen Hafer, so ist der Zinsherr nicht schuldig, die geringere und schlechtere Fruchtart anzunehmen,

2) von Ramdohr Erfahrungen B. 3. S. 76.

wenn die Entrichtung und Annahme der letztern nicht ausdrücklich stipulirt ist [3]).

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Zinspflichtige nicht befugt seyn kann, das beste Korn zum Verkauf, oder zu eigener Consumtion vorabzunehmen, und das schlechtere dem Gutsherrn zu bringen; das gute Korn mit Drespen, Radel und dergleichen zu vermischen; oder gegen schlechteres einzutauschen und letzteres mit dem erstern zu vermengen u. s. w. Eine jede absichtliche, und auf diese Art bewirkte Verkürzung, und hinterlistige Vervortheilung des Gutsherrn hat den vollen Schadens- und Kostenersatz zur Folge..

3) Struben rechtl. Bedenk. B. 3. n. 112.

LXXVI Erörterung.

Von der Strafbarkeit der Nichthinderung eines Verbrechens.

In der Regel legen weder die allgemeinen, nach positiven Gesetze den Staatsbürgern die Verbindlichkeit auf, Verbrechen zu verhindern. Durch bloße Nichthinderung eines Delicts kann also Niemand ein Verbrecher werden [1]. Aber von dieser Regel giebt es Ausnahmen [2], und insonderheit wird alsdann die Nichtverhinderung eines Verbrechens strafbar, wenn vorsätzliche Unterlassungen den positiven Handlungen gleich zu achten sind [3]; wenn specielle Gesetze, oder ein besonderer Vertrag die Verhinderung gebieten; wenn die letztere ohne eigne Gefahr und Beschwerde geleistet werden konnte [4]; wenn die unterbliebene Verhinderung in eine Begünstigung und Beförderung des Verbrechens ausartet, d. i. in der böslichen Absicht geschehen ist, damit das Verbrechen zur Perfection

1) Tittmann Strafr. Wissensch. §. 128, von Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts §. 24.

2) Spangenberg über Unterlassungsverbrechen, im Archiv des Criminalrechts B. 4. St. 4. no. 23. Tittmann a. a. O. Winckler de crimine omissionis, Lips. 1776. Püttmann Adv. iur. Lib. 2. c. 31.

3) Klein peinl. Recht §. 66.

4) Meister Erkenntnisse in peinl. Fällen Th. 1. no. 30.

kommen soll; wenn in der Unterlassungshandlung zugleich eine Verletzung besonderer Pflichten zu befinden ist u. s. w.[5]) Aus den letztern Rücksichten ist z. B. eine Mutter sehr strafbar, welche bey der außerehelichen Schwangerschaft und Niederkunft ihrer Tochter, durch Fahrlässigkeit und Sorglosigkeit, ihre mütterlichen Pflichten in der Art aus den Augen gesetzt und verleugnet hat, daß dadurch ein doloser, oder culposer Kindesmord von der Tochter an ihrem neugebohrnen Kinde befördert oder veranlaßt ist[6]). Es ward daher die Mutter der Rebecca Ziems, weil sie so wohl während der Schwangerschaft, als insonderheit bei der unehelichen Niederkunft ihrer Tochter, mit gänzlicher Verleugnung aller mütterlichen Pflichten, eine so große Sorglosigkeit und Fahrlässigkeit sich hatte zu Schulden kommen lassen, daß man sich beinahe veranlaßt finden mochte, auf ihren Wunsch und Willen, das Kind umkommen zu lassen, zu schließen, von der Justizcanzlei zu Zelle im J. 1820, auf zwei Jahre in das Zuchthaus verurtheilt.

5) Tittmann a. a. O. Zur Bestrafung solcher Verletzungen bedarf es keines positiven Strafgesetzes. Tittmann a. a. O. §. 34.

6) Meister pract. Bemerkungen Th. 2. S. 142. u. 146. Spangenberg a. a. O.

LXXVII. Erörterung.

Von der Strafe des dritten Diebstahls.

Bei der Anwendung der Todesstrafe gegen einen Dieb, der zum drittenmal gestohlen hat, nachdem er zuvor, wegen vollbrachter Diebstähle[1]), schon ein oder mehrmal mit einer nicht ganz gelinden criminellen Strafe belegt gewesen ist[2]), setzen unsere Landesgesetze[3]) voraus, daß der Dieb ein solcher sey, wie er im 162 Art. der P. G. O. beschrieben ist. Muthmaßlich hatte der Gesetzgeber bei der Abfassung des erwähnten Artikels nur solche diebische Menschen im Auge, welche die Sicherheit ihrer Mitbürger in Gefahr setzen, deren Vermögen bedeu-

1) Die sogenannten furta impropria, oder solche Diebstähle, für welche eine besondere und isolirte Strafbestimmung in den Provincialgesetzen enthalten ist, z. B. beim Hausdiebstahl, Feld- Quartier- Cammeraden- Pferdediebstahl u. s. w. kommen dabei nicht mit in Anrechnung; weil bei solchen Diebstählen auf die Vorschriften der P. G. O. nicht recurrirt werden kann, die eine specielle Straffanction in den Territorialgesetzen erhalten haben, und wobei meistens auch der Fall einer Wiederholung derselben nicht unberücksichtigt geblieben ist.

2) Beobachtung n. 67. d. Bds.

3) Rescript. Regium vom $\frac{6}{17}$ten März 1722. Landesherrl. Declaration des 162 Art. P. G. O. vom 28sten Mai 1754. Landesherrliches, am 14ten Jul. 1817 an die Hannöv. Justiz-Canzlei erlassenes Rescript, den Inquisiten Carl Brand betr.

tenden Schaden zugefügt haben, einen unüberwindlichen Hang zum Stehlen zeigen und mithin in die Klasse verrufener, landverderblicher Diebe und Bösewichter gezählt werden müssen [4]). Nach der in sehr vielen Fällen landesherrlich genehmigten Praxis unserer Criminalhöfe wird daher die Todesstrafe, wegen des dritten Diebstahls, *nicht unbedingt*, sondern nur dann erkannt, wenn der fur tertius ein ausgemacht *gefährlicher* und nicht zu *bessernder* Mensch ist. Bloße, wenn gleich häufige, *Wiederholungen* diebischer Handlungen, oder erlittene nachdrückliche Bestrafungen, wegen begangener Diebstähle, lassen nur dann ein Erkenntniß auf die Todesstrafe im Wege Rechtens zu, wenn der Dieb sich als ein so gefährliches und unverbesserliches Subject darstellt, daß er einem *verläumdeten* Diebe und einem *Vergewaltiger* gleich gesetzt werden kann. Ist solches aber nicht der Fall, so wird der *dritte* Diebstahl, wenn gleich der Verbrecher vorhin schon ein, oder mehrmal, Diebstahls wegen criminell bestraft ist, nur mit einer längern oder kürzern Verurtheilung zu öffentlicher Arbeit geahndet [5]).

Die gesetzliche Strafe des dritten Diebstahls kann indeß, unter der obigen Voraussetzung, dadurch nicht abgewendet werden, daß

1) die voraufgegangenen Diebstähle *nicht einzeln und besonders*, sondern *in eins*, oder *mit einemmale*

4) *Meister* pract. Bemerk. B. 2. n. 12.

5) Die obigen Grundsätze sind in vielen Fällen, und namentlich in dem Landesherrlichen *Rescripte*, vom 14ten Jul. 1817, ad acta inq. den Inquisiten *Carl Brand*; und in dem Königl. *Rescripte* vom 15ten Jul. 1820, ad acta den Inquisiten *Heinrich Bertram* betreffend, gebilligt worden.

bestraft sind. Es liegt in der Natur der Sache, daß mehrere begangene Diebstähle, die aber zugleich zur Kenntniß des Richters und zur Untersuchung kommen, auch zusammen bestraft werden müssen. Ihr zufälliges Zusammentreffen bewirkt alsdann eine, den Umständen angemessene, schärfere Bestrafung; aber demungeachtet bleiben die mehrfach verübten Diebstähle immer einzelne strafbare Handlungen, und der zufällige Umstand, daß sie zusammen bestraft sind, und bestraft werden mußten, kann daher die mehreren Thathandlungen, nicht zu einer einfachen machen.

2) daß der Dieb auf dem dritten Diebstahle nicht betreten ist. Mehrere neuere Criminalisten[6]) haben zwar die, beinahe vergessen gewesene, Meinung wieder hervorgerufen: daß nach dem Artikel 162 die Anwendung der Strafe des dritten Diebstahls allemal einen betretenen, d. i. einen auf der That ertappten, angerufenen, oder verfolgten Dieb (fur manifestus) voraussetze. Allein diese Meinung scheint weder aus den Sprachgebrauche überhaupt, nach aus den Worten des Artikels selbst, gerechtfertigt werden zu können. Zwar erfordert der Art. 162, „daß Jemand betreten werde, der zum drittenmal gestohlen hätte." Er sagt aber nicht, daß dieses Betreten in flagranti, oder doch ehe der Dieb die gestohlnen Sachen in seinen Gewahrsam gebracht hat, geschehen; mithin der Diebstahl ein furtum manifestum gewesen seyn müsse. Das Betreten, d. h. das Antreffen, Finden, und was meistens darauf folgt, Beschreien und Ergreifen

6) Tittmann Criminalrechtswiss. §. 457 und 466. Konopack im Archiv des Criminalrechts B. 5. St. 2. S. 147 f. Salchow v. d. Verbrechen der Entwendung S. 48 f. Dagegen: von Grolmann Criminalrechtswiss. § 184 und Klien Revision Th. 1. S. 353.

des Diebes, die Deprehension, kann dem allgemeinen Wortverstande nach, nicht nur während der diebischen Handlung selbst, und des Bringens der gestohlnen Gegenstände in Sicherheit, sondern eben so wohl auch später statt haben. Auch bezeichnet die P. G. O. durch die allgemeine Benennung des betretenen Diebes keinesweges den fur manifestus; denn jedesmal, wenn sie den letztern andeuten will, fügt sie zu dem Ende eine nähere Bestimmung hinzu. So reden die Art. 157 u. 158 von dem Diebe der, „ehe er mit dem Diebstahl in sein Gewahrsam kommt," beschrieen, berüchtigt, oder betreten ist, oder es nicht ist. Der Art. 159 verordnet, von der Strafe des gefährlichen Diebstahls, daß es dabei gleich gelten solle, „ob der Dieb darob oder darnach berüchtigt, oder betreten sey." Ein sehr deutlicher Beweis, daß auch ein fur non manifestus ein betretener Dieb seyn könne; daß also das Wort: betreten durchaus nicht allein auf den fur manifestus hinweisen kann. Der Art. 160 will es bei dem ersten großen Diebstahl berücksichtigt wissen, ob der Dieb auf der That ertappt sey, oder nicht. Dies drückt der Art. aber nicht so aus, daß man ansehen solle: „ob der Dieb berüchtigt, oder betreten sey, schlechtweg [1]), sondern "man solle ansehn den Werth des Diebstahls, auch ob der Dieb darob d. i. über dem Diebstahle berüchtigt, oder betreten sey." Nach dem 161 Art. wird bei dem zweiten kleinen Diebstahle dieselbe Distinction wiederum erwähnt; aber für wirkungslos erklärt. Auch hier ist nicht die Rede von dem Beschreien oder Betreten des Diebes schlechthin, sondern es heißt: der Dieb solle sich damit zu schützen nicht vermögen, „ob er mit dem Diebstahl nicht beschrieen oder betreten würde." Wenn nun nach diesen, in fünf hinter einander folgenden Artikeln, stets gleichför-

mig beobachteten, und mit dem etymologischen Wortsinne, und der täglichen Anwendung völlig übereinkommenden Sprachgebrauche, das Gesetz unmittelbar darauf im 162. Art. von einem betretenen Diebe, ohne alle nähere Bezeichnung ganz allgemein redet, so ist man schwerlich befugt, darunter hier, mit einem Male, wie nirgends zuvor, ausschließlich den fur manifestus zu verstehen [7]).

7) Die obige Erklärung des 162 Art. und dessen Zusammenhanges enthält ein Rescript, welches am 15ten Jul. 1820, ad acta inq. Heinrich Bertram betr. an die Zellische Justizcanzlei erlassen ist.

LXXVIII. Erörterung.

Geschwister, welche ihren Geschwistern in deren Hauswesen oeconomische Dienste leisten, wodurch ein Knecht oder eine Magd erspart ist, können dafür einen billigen Dienstlohn fordern.

Kinder, welche ihren Eltern in deren ländlichem Hauswesen oeconomische Dienste leisten, wodurch dieselben einen Knecht, oder eine Magd erspart haben, können dafür einen billigen Dienstlohn fordern [1]). Diesen Grundsatz hat die Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle auch auf die oeconomischen Dienstleistungen der Geschwister anwendbar erachtet, und nach demselben, am 13ten Jul. 1821, in Sachen Soetebier w. Ditmer, wegen Lohns, also erkannt: Da auch den Geschwistern eine billige Belohnung für diejenigen oeconomischen Hülfsdienste gebührt, die sonst durch andere Leute oder Gesinde hätten verrichtet werden müssen; der bloße Genuß der Beköstigung aber nicht als hinlänglicher Ersatz für solche Dienste, und die-
ses

1) Pract. Erörter. B. 2. n. 55. Auf Hülfsleistungen der Kinder im städtischen Haushalte läßt sich, der Regel nach, der obige Satz nicht extendiren.

ses um so weniger betrachtet werden kann, wenn eine anderweite Vermiethung denselben offenbar einen größern Gewinn verschafft haben würde; die von der Appellantin angestellte Klage mithin, als unbegründet, noch zur Zeit nicht erachtet werden kann — so habt ihr der Klägerin den Beweis ihres Klaggrundes und namentlich dahin, daß durch die von ihr dem Beklagten geleisteten häuslichen Dienste eine Haushälterin demselben erspart worden sey, und daß dieses Ersparniß einen jährlichen Lohn von 20 Rthlr. gleich zu achten sey, salve reprobatione, aufzuerlegen, und sodann weiter zu erkennen w. R.

LXXIX. Erörterung.

Ueber den Ankauf eines Grundstücks mit den Dotalgeldern.

Wenn der Ehemann, auf den Namen seiner Gattin, mit deren Ehegeldern ein Grundstück ankauft, so wird sie, Kraft des gesetzlichen commodi surrogationis, Eigenthümerin desselben. Sie kann daher dasselbe in dem, über ihres Ehemannes Vermögen ausgebrochnen Concurse unstreitig vindiciren; aber nicht das Geld zurückfordern, welches zum Ankaufe, Ausbau desselben u. s. w. verwendet ist. Eben so wenig wird man ihr die Befugniß einräumen dürfen, wenn das Grundstück in der Folge etwa für einen geringern, als den Ankaufspreis veräußert seyn sollte, den Defect, als Dotalgeld, aus der Vermögens-Masse ihres Ehemanns zurückzufordern. In beiden Fällen wird nemlich ein, der Ehegattin erlaubter Tausch des Objects des Brautschatzes vorgenommen, von welchem sie, zum Nachtheil der Gläubiger ihres Ehemannes, nicht wieder zurück treten kann[1]). Hiernach ist auch in vorgekommnen Fällen, und noch neuerlich, am 13ten Oct. 1823, von der Zellischen Justiz-Canzlei, in Sachen des Wiegrefischen Curator bonor. wider die Ehefrau des cridarii Wiegrefe, in pto. illatorum, erkannt.

1) Gottschalk Selecta discept. forens. Capita. Dresd. 1816. Cap. 2.

LXXX. Erörterung.

Die ertheilte Venia aetatis wirkt über das Territorium des Verleihers hinaus.

Gesetze und Privilegien sind nur in dem Staate verbindlich, in welchem sie gegeben, oder verliehen werden. Daher behauptet Voet[1]), daß eine ertheilte Venia aetatis über das Territorium des Verleihers nicht hinauswirke. Allein diese Meinung ist schwerlich die richtige. Schon im Allgemeinen erlangen alle Gegenstände, welche den Zustand einer Person betreffen, und aus dem Personenrechte abzuleiten sind, durch die Gesetze des Domiciliums eine allgemeine Rechtsverbindlichkeit, und mithin müssen alle Rechte, welche von dem Zustande einer Person abhängen, auch über das Territorium des Wohnsitzes derselben hinauswirken[2]). Von einer ertheilten Venia aetatis ist solches um so mehr anzunehmen, als sie nur nach den bestimmten Regeln der allgemeinen Gesetze ertheilt wird, und keine Belästigung für Andere enthält[3]). Die Königl.

1) ad Digesta lib. 4. tit. 4. §. 8.

2) Glück Commentar §. 74. u. 92. Hommel Raps. quaest. obs. 409. p. 328. Westphal deutsches Privatrecht Th. 1. Abhandl. 3. von Ramdohr Erfahr. B. 3. S. 992. Eichhorn deutsches Privatrecht §. 35.

3) Schweppe röm. Privatrecht (2 Aufl.) §. 24.

Justizcanzlei zu Zelle fand daher kein Bedenken, mittelst Bescheides vom 27. Jan. 1820 zu verfügen, daß der Tochter des weil. Doctor Büssch, verehl. Radel zu Rostock, welche von dem Großherzoge von Mecklenburg veniam aetatis erhalten hatte, das im hiesigen Lande befindliche Capitalvermögen zur eignen Administration zu verabfolgen und auszuantworten; und das höchste Tribunal entschied, am 15ten Decemb. 1820, in Sachen von Bülow c. von Bernstorf, daß der Status majorennitatis vel minorennitatis lediglich nach den Gesetzen des Wohnsitzes einer Person zu beurtheilen sey.

LXXXI. Erörterung.

Ausübung der Wildfolge.

Das Recht zur Wildfolge erstreckt sich der Regel nach nicht über die Territorial- oder Hoheitsgrenzen [1]). Dieser Grundsatz wird auch im Königreich Hannover beobachtet, wie aus einem Schreiben des Grenz- und Hoheitsdepartements vom 6ten Mai 1820, an die Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle, ad Acta den Förster Schauer zu Brunsrode [2]) betr. erhellet, worin es heißt: Wir erachten es angemessen, in Ansehung der Wildfolge, bemerklich zu machen, daß dieselbe nach den hier in Beziehung auf auswärtige Territorien bestehenden, und in vorgekommnen Fällen wirklich befolgten Principien, wenn Verträge und Observanzen nicht ein anderes mit sich bringen, allein auf Reciprocität sich gründe; mithin kein Jagdberechtigter verbunden sey, dieselbe demjenigen zu gestatten, der das Reciprocum verweigert, und daß kein Receß bekannt, wodurch zwischen den hiesigen und Herzogl. Braunschweigischen Landen etwas Besonderes festgesetzt wäre; daß sie aber, nach dem Berichte des Oberförsters Schröter, kei-

1) Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 206. Eine unbefugte Ausübung der Wildfolge hat aber keine criminelle Bestrafung zur Folge, sondern sie giebt nur zu einer Communication zwischen den verschiedenen Oberjagd-Departements Veranlassung.

2) im Herzogthum Wolfenbüttel.

nen der Grenznachbaren hiesiger Seits im Amte Gifhorn gestattet werde [3]). Hannover, den 6ten Mai 1820.

Aus dem Grenz- und Hoheits-Departement.

Bremer.

Da sich die Jagdfolge, in der Regel, über die Landesgrenzen nicht erstreckt, so darf auch das, in den althannoverschen Provinzen stattfindende Herkommen auf die neuen Provinzen und Landestheile, ohne den Beweis einer früher bestandenen Observanz, nicht ausgedehnt werden, z. B. aus dem Fürstenthum Lüneburg in das Fürstenthum Hildesheim und umgekehrt [4]). Durch die Vereinigung des letztern mit dem Königreiche Hannover, sind die privatrechtlichen Verhältnisse der Unterthanen beider Provinzen, der Regel nach, nicht verändert. Uebrigens findet die Wildfolge, nach ihrer besondern Natur und Eigenschaft, nur bei dem Hochwilde, nicht bei der kleinen oder niedern Jagd, und dem Federwildprett statt, und es wird dabei das allgemein angenommene Jagdprincip beobachtet, daß das Hochwild, durch tödliche Verwundung, der Jagdherr, der es auf seinem Jagdrevier schweißend angeschossen hat; das kleine Wildprett aber der Jagdherr adquirirt, der es todt oder noch lebend in seinem Jagdbezirke findet, und aufnimmt. Hiernach hat die Zellische Justizcanzlei, den 14ten April 1823, in Sachen Anwaldes der Cammer w. Walkling, wegen Jagdfolge, geurtheilt.

3) Späterhin ist zwischen Hannover und Wolfenbüttel die Jagdfolge, und was dabei beobachtet werden soll, durch einen besondern Receß beliebt und bestimmt.

4) Struben rechtl. Bedenk. B. 2. n. 140.

Zwischen dem Herzogl. Braunscheig-Lüneburgischen Geheime-Raths-Collegio und dem Königl. Großbrittannisch-Hannöverschen Cabinetsministerio ist folgender Receß über die Jagdfolge in beiderseitigen Herrschaftl. Jagden geschlossen worden:

§. 1.

Von dem angeschossenen und über die Grenze geflohenen Stück Wildprett, muß dem betreffenden Revierforstbedienten oder einem auf dessen Reviere stationirten Herrschaftlichen Jäger Anzeige gemacht, und wenn es verlangt wird, der Anschuß und Flucht gezeigt werden.

§. 2.

Das Verfolgen (Nachhängen) eines angeschossenen Stück Wildpretts über die Grenze geschieht, wenn es thunlich ist, im Beiseyn des angrenzenden Revier-Forstbedienten, oder eines auf dessen Revier stationirten Jägers, mit einem gut gearbeiteten Schweißhunde, welcher vom Riemen ehender nicht zu lösen, bis das angeschossene Stück gesprengt ist.

§. 3.

Ohne besondere Erlaubniß und ohne Beiseyn des angrenzenden Herrschaftlichen Forstbedienten, darf nicht verloren gesucht (bei verloren gegangener Fährte der Schweißhund vom Riemen uicht gelöst) werden.

§. 4.

Das Verlorensuchen darf nur mit Schweißhunden, oder mit ein paar Menschen, ohne jedoch dabei Lärm zu machen, geschehen, damit das Revier, worin solches vorgenommen wird, dadurch so wenig als möglich beunruhiget werde.

§. 5.

Demjenigen Herrschaftlichen Jagdbedienten, der ein Stück Wildprett angeschossen hat, welches über die Grenze gehetzt worden, steht es zwar frei, der Hetze über die Grenze zu folgen, auch das sich vor dem Hunde gestellte Stück Wildprett todt zu schießen, er darf solches aber, wenn nicht besondere Umstände, als Unsicherheit ꝛc. eintreten, nicht wegbringen, und ist, wenn es verlangt wird, verbunden, den Anschuß und die Flucht über die Grenze zu zeigen, weshalb beides gehörig zu verbrechen (einen Strauch oder Ast darauf zu legen) ist.

§. 6.

Ein angeschossenes Stück Wildprett ist nach 24 Stunden über die Grenze nicht ferner zu verfolgen.

Wenn solches nach dieser Zeit gefunden wird, so hat derjenige, der den Anschuß verrichtet hat, seine Ansprüche daran verloren.

§. 7.

Derjenige Revierforstbediente, in dessen Revier das über die Grenze geflohene Stück Wildprett angeschossen wird, ist für die pünctliche Erfüllung der obigen Vorschriften verantwortlich und wird für jeden Contraventionsfall in Zwanzig Thaler Strafe genommen, welche von dessen Besoldung abgezogen und in desjenigen Forst- oder Jagdbedienten vereinnahmt werden sollen, in dessen Revier das angeschossene Stück Wildprett getreten ist.

Urkundlich des hierunter gedruckten Fürstlichen Geheimen Canzlei-Siegels und beigefügten Unterschrift.

Braunschweig, den 10ten Januar 1822. (L. S.)

Fürstl. Braunschweig Lüneburgschen Geheime Raths-Collegium. (unterz.) Gr. v. Alvensleben.

LXXXII. Erörterung.

Ein aus dem Gerichte vom Testator zurückgenommnes Testament wird durch das bloße Factum der Zurücknahme nicht unkräftig.

Die Entscheidung der bekannten Controverse: ob ein gerichtliches Testament, durch das bloße Factum der Zurücknahme desselben ab actis, seine Gültigkeit verliert, oder nicht?[1]) ist in jedem einzelnen Falle mehr eine quaestio facti, als iuris. Die Gesetze machen die Gültigkeit und und Rechtsbeständigkeit eines gerichtlichen Testaments von dem öffentlichen oder gerichtlichen Glauben, und nicht von dem Orte, wo dasselbe aufbewahrt wird, abhängig. Die essentielle Eigenschaft dieser Testamente beruhet daher nicht darauf, daß sie bis zum Absterben des Testators in öffentlichen, oder gerichtlichen Depositorien und Archiven liegen, sondern lediglich in der fide iudiciali. Die letztere beschränkt sich aber einzig und allein auf den actum condendi testamentum — die ge-

1) a Pufendorf III. 153. Die verschiedenen Meinungen findet man zusammengestellt in Walch controv. iur. p. 213. Behmer nov. ius controv. obs. 56. und Müller obs. ad Leyser obs. 635. M. s. a. Thibaut Pandectenr. §. 826. und 694. Meister pract. Bemerkungen B. 1. S. 85. Schweppe röm. Privatr. §. 822. Hofacker princ. iur. rom. §. 1274 u. 1365.

richtliche Errichtung oder Niederlegung des Testaments — und nicht auf dessen beständige und fortwährende Asservation im Deposito des Gerichts [2]).

Nach der neuern [3]) römischen Gesetzgebung, wodurch die gerichtlichen Testamente ihre Bestimmung empfingen, und gewissermaßen den vor sieben Zeugen errichteten Testamenten surrogirt wurden [4]), liegt der Grund ihrer Rechtsgültigkeit, allein in den Zeichen der gerichtlichen, oder öffentlichen Beglaubigung. Ein hundert Jahr früher gegebenes Gesetz [5]), welches verfügte, wo die Testamente nach des Erblassers Tode asservirt werden sollten — in den Archiven des Census — kann bei den später eingeführten öffentlichen, und gerichtlichen Testamenten von keinem entscheidenden Einfluß seyn. Wenn also, den gesetzlichen Vorschriften gemäß, die Aufbewahrung eines solchen Testaments in loco iudicii keine essentielles Erforderniß eines gerichtlichen letzten Willens ist, so mag auch das Testament, auf den Grund der bloßen Zurücknahme ab actis, weder pro nullo noch pro revocato erklärt

2) Publicare iudicium suum iudici. L. 19. C. de testament. Unter publicare ist bloß die Insinuation des Testaments, oder der Testamentserrichtungsact zu verstehn, nicht aber die Aufbewahrung des letzten Willens im Gericht bis zum Tode des Testators. a Pufendorf l. c. §. 5. seqq.

3) L. 19. C. cit.

4) a Pufendorf. l. c.

5) L. 18. C. de testam. Ueber die wahre Form der solennen Privattestamente, deren Eröffnung, und die Form der öffentlichen Testamente bei den Römern, findet man ganz neue Aufschlüsse und gelehrte Bemerkungen, in Spangenberg Beitr. zu der Lehre von Testamenten, im Archiv für die civilistische Praxis B. 5. S. 145 ff.

werden. Letzteres kann nur dann der Fall seyn, wenn der Testator den animum revocandi ausdrücklich erklärt, oder mit dem ab actis zurückgenommnen Testamente solche Operationen vorgenommen hat, welche seine Absicht, dasselbe als ungültig und kraftlos betrachten zu wollen, klar und deutlich an den Tag legen, z. B. wenn er dessen versiegelten Umschlag auflößt, die Siegel zerbricht, dasselbe ein- oder zerreist, den Inhalt durchstreicht, die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung zerstört [6]), das Testament an verdächtige, oder solche Orte hinwirft, wo man dergleichen wichtige Urkunden nicht aufzubewahren pflegt, und wo sie der Vernichtung leicht ausgesetzt sind, u. s. w. Uebrigens muß der Beweis des animi revocandi, weil er factischer Natur ist, allezeit von den Intestaterben, welche aus solchen Gründen das Testament impugniren wollen, übernommen und beigebracht werden. Nach diesen Principien erkannte die K. Justiz-Canzlei zu Zelle, im December 1819, in Sachen von Hammerstein w. die von Knesebecksche Vormundschaft, auf folgende Weise: Alldieweil die Gültigkeit des von der verst. P. G. von Bobart, am 3ten Jan. 1805, gerichtlich errichteten Testaments, in formeller und materieller Hinsicht, nicht zu bezweifeln ist; Und der Umstand, daß die Testatricin nachmals besagtes Testament ab actis zurückgenommen, an und für sich eine Annullation desselben, oder eine Willensänderung der Testatricin, und im gegenwärtigen Falle um so weniger enthält, als nach allen vorkommenden Umständen dieselbe erwähntes Testament, nach dessen Zurücknahme

6) Die Rückgabe des Depositenscheins ist dahin nicht zu rechnen; weil derselbe, bei der Zurücknahme eines Testaments ab actis, allezeit retradirt werden muß.

aus dem Gerichte, unbeschädigt, unversehrt, und uneröffnet bis an ihr Ende bei sich liegen lassen; mithin die rechtliche Vermuthung daraus entsteht, daß sie ihr errichtetes gerichtliches Testament conserviren, und bei ihren darin enthaltenen Verfügungen beharren wollen; von den Beklagten auch überall keine stringente Thatsachen angeführt, am wenigsten bescheinigt sind, welche auf einen animum revocandi bei der Zurückforderung ihres letzten Willens ab actis rechtlich schließen ließen; so — u. s. w.

LXXXIII. Erörterung.

Von der actio de pauperie, und dem durch zahme Thiere verursachten Schaden.

Die Verbindlichkeit des Eigenthümers, den Schaden zu vergüten, welchen sein Hausthier von selbst und ungereizt, wider die gewöhnliche Natur und Sitte dieser Thierart angerichtet hat, beruhet auf positiven gesetzlichen Vorschriften [1]), und ist mithin eine unmittelbare Obligation [2]). Es kann daher, bei der actio de pauperie, weder auf den eigentlichen Grund des Gesetzes, noch darauf ankommen, daß der Herr des Thiers, bei der Schadensstiftung desselben, in keiner culpa befangen gewesen ist. Zur Begründung dieser Klage wird jedoch erfordert:

1) Daß das beschädigende Thier ein zahmes oder Hausthier [3]) gewesen seyn muß. Wird durch reissende Thiere, ohne Schuld des Eigenthümers derselben, ein Schaden angerichtet, so hat diese Klage nicht statt [4]);

1) §. 1. J. si quadrupes, L. 1. §. 4. 7. 10. D. L. 4. cod. Thibaut Pandectenr. §. 979.

2) Glück Comment. §. 694. Weber von der natürl. Verbindlichkeit.

3) Von dem Schaden, welcher durch sie angerichtet wird, s. m. Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 281 ff.

4) §. 1. J. si quadrupedes. L. 1. §. 7. 10. D. eod. Glück a. a. O. §. 692. Not. 22. Thibaut Versuche über einzelne Theile

2) Daß dasselbe sich frei und zwanglos überlassen gewesen, mithin von Niemand [5]), durch Aufforderung, Neckerei u. s. w. gereizt ist, z. B. ein Thier beschädigt motu proprio auf der Weide, beim Aus- oder Eintreiben u. dergl. Ist aber dasselbe zu einer Handlung aufgefordert oder gezwungen, und das Thier beschädigt aus Widerwillen gegen dieselbe, oder aus Mangel an Kraft, so cessirt die actio quadrupedaria [6]), z. B. ein zur Beschälung unzeitig aufgeforderter Hengst, ein zum Bespringen forcirter Ochse beschädigt das Mutterthier aus Widerwillen gegen die Begattung, oder weil er sonst bei dieser Operation in ungewöhnliche Wildheit versetzt ist [7]);

der Theorie des Rechts B. 2. n. 8. — Bei jagdbaren, nicht reissenden Thieren, kann act. in factum wider den Jagdherren auf Schadensersatz geklagt werden. Pract. Erörter. B. 3. n. 6. Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 205. u. 208.

5) Wenn ein Thier das andere angreift, anreizt und in Wuth setzt, ein dritter dadurch beschädigt, oder das angegriffene Thier im Kampfe blessirt, oder getödtet wird, so findet wider den Herrn, oder Besitzer des angreiffenden Thiers, die act. de pauperie statt. L. 1. §. 8. u. 11. D. Si quadrupes. Glück a. a. O. §. 692. Note 24 f.

6) L. 1. §. 6. D. si quadrup. L. 52. §. 2. D. ad Leg. aquil. Thibaut Versuche a. a. O.

7) Bloße Liebkosungen eines Thiers sind aber keine Concitationen. Wenn also Jemand ein Thier streichelt, oder sonst liebkoset, dieses dagegen beschädigt, so hat die act. quadrupedaria statt. L. 1. §. 7. D. Si quadrup. Auch der bei vielen vierfüßigen Thieren natürliche Olfactus wird gesetzlich nicht als Concitation betrachtet, und steht der act. quadrupedaria nicht entgegen. L. 5. D. eod.

3) Daß der Schaden ausser einem Contractsverhältniß*), zwischen dem Eigenthümer und Beschädigten, von dem Thiere verursacht ist. Gegen dritte Personen und Sachen wird derjenige, welcher sich desselben bedient, während der Zeit des Gebrauchs, für allen Schaden verantwortlich, welchen dasselbe verursacht hat. Ist ein Thier vermiethet, oder aus Gefälligkeit dessen Gebrauch einem Andern gestattet, so kann nur der Ersatz des Schadens gefordert werden, welcher nach der Natur des Contracts geleistet werden muß. Hier findet also die Contractsklage, und nicht die actio de pauperie statt[8]);

4) Daß der Schaden wider die gewöhnliche Natur, Eigenschaft und Sitte dieser Thierart angerichtet ist[9]). So ist es z. B. dem gewöhnlichen Betragen und dem Naturtriebe des sich selbst überlaßnen männlichen Thiers zuwider, das weibliche bedeutend zu beschädigen, und selbst bei der heftigsten Begierde zur Begattung wird das erstere, aus eignem Antriebe, das letztere wohl nie beschädigend angreifen. Dahingegen ist es dem Naturtriebe der Thiere weiblichen Geschlechts gemäß, daß sie durch

*) Gerade darum scheint die unmittelbare gesetzliche Verbindlichkeit eingeführt und festgestellt zu seyn, deren es, bei einem unterliegenden Contractsverhältnisse, gar nicht bedurfte.

8) L. 14. pr. L. 19. §. 1. L. 25. §. 2. D. loc. cond. L. 1. C. cod. L. 5. §. 2. L. 18. §. 3. commodati vel. contra. Glück Commentar §. 859. 1050. u. 1053. Schmidt von gerichtl. Klagen §. 1203.

9) Der Unterschied, ob ein Thier contra oder secundum naturam sui generis geschadet, hat insonderheit auf die Verschiedenheit der römischen Klagen Einfluß, womit derselbe zusammenhängt.

eine **unzeitig** versuchte Begattung gereizt werden, und solche auf alle Weise, wenn sie sich frei bewegen können, abzuwehren und zu verhindern suchen. Daher würde nur im ersten, nicht im letzten Falle die actio de pauperie statt finden[10]).

Ist der durch ein Hausthier, gegen dessen Natur und Sitte, verursachte Schaden durch die eigne Handlung, Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit des Eigenthümers[11]), oder desjenigen, welcher sich desselben bedient, während der Gebrauchszeit, veranlaßt, so haftet derselbe für den angerichteten Schaden, und wird zu dessen Erstattung mit der Act. Legis Aquil. oder in factum in Anspruch genommen, das Thier mag sich in seiner Gewalt befinden, sich verlaufen haben, oder verirrt seyn[12]). Wenn z. B. der Eigenthümer sein Thier sorglos anbindet, es sich losmacht, und durch Schlagen, Beißen, Stoßen, beschädigt; oder der Hengst sodann durch **verkehrte** Beschälung — Verfehlung des natürlichen Ganges

10) L. 1. §. 8. L. 5. D. Si quadrup.

11) War der Beschädigte selbst Schuld an dem erlittenen Schaden, so muß er begreiflich seine eigne Unvorsichtigkeit büßen. L. 2 §. 1. D. si quadrup. L. 203 D. de reg. iur. — Hat das Thier von selbst durch einen zufälligen, bei dieser Thierart nicht ganz ungewöhnlichen, Umstand geschadet, z. B. ein Pferd stürzt; es wird auf einem bergaufwärtsführenden Wege durch den Wagen zurückgezogen; das Thier wird zufällig scheu, und beschädigt, ohne Schuld des Reiters, oder Führers, so findet gar keine Klage statt. L. 52. §. 2. D. ad leg. aquil. **Thibaut** Versuche a. a. O.

12) L. 1. §. 6. u. 7. D. Si quadrup. L. 52. §. 2. cit. **Thibaut** a. a. O. **Hofacker** princ. iur. rom. §. 4013. **Schmidt** von Klagen §. 1206 u. 1221.

Ganzes — das weibliche Thier, welches diesem Angriffe nicht entfliehen konnte, beschädigt, tödtet u. s. f., so ist er zum Schadenersatz verpflichtet.

Hat das Thier einen Wärter, Hüter, oder Hirten gehabt, (unter der Heerde Schaden angerichtet) so ist zunächst der Wärter, Hüter und Hirte für den Schaden einzustehn verpflichtet, in so fern dessen Nachlässigkeit dabei concurrirt, und nicht der Eigenthümer des Thiers[13]. Sind aber die erstern unzahlfähig, alsdenn muß der Eigenthümer oder Besitzer den Schaden ersetzen, welchen sein Thier angerichtet hat; weil derselbe subsidiarisch für Alles haften muß, was sein ungeschickter, mithin übel gewählter Hirte, Wärter, Domestik, oder Knecht, bei den ihm aufgetragenen Geschäften und Verrichtungen, fehlerhaft gethan, oder unterlassen hat[14].

Ein Gutsherr hielt für seine Kuhheerde einen Springochsen; gestattete es aber auch Andern aus Gefälligkeit, und ohne Vergütung (Springgeld), ihre ochsenden, oder rindernden Kühe denselben zur Bespringung zuzuführen. Bei einer solchen Gelegenheit fiel derselbe — was er vorhin nie gethan hatte — anscheinend von selbst und ungereizt eine ihm zugebrachte Kuh, statt sie zu bespringen, durch einen Stoß gleich so tödtlich an, daß sie geschlachtet werden mußte. Der Eigenthümer derselben klagte actione de pauperie, und in dem ersten Erkenntnisse ward der Beklagte zum Schadensersatz condemnirt; weil

13) L. 8. §. 1. D. ad Leg. aquil. Der Führer eines Hengstes veranlaßt z. B. bei der Bedeckung einer Stute, welche von der Hand aus geschiehet, durch seine Schuld eine verkehrte Beschälung, wodurch dieselbe crepirt. Mein Handb. des Landwirthschaftsr. §. 289.

14) L. 27. §. 9. 11. 34. ad Leg. aquil. L. 11. D. loc. cond. Dorn Gesinder. §. 167.

das Stoßen des Ochsen, statt der Begattung, um so mehr contra naturam sui generis gewesen wäre, als derselbe, nach des Beklagten Eingeständniß, vorhin noch niemals bei der häufigen Bespringung der ihm zugeführten Kühe sich stößig bezeigt habe. Auf die dawider ergriffene Appellation ward jedoch das Erkenntniß von der Zellischen Justiz-Canzlei, in Sachen von Bülow w. Mengers, am 5ten Septemb. 1820, reformirt.

Bei der dem Kläger von dem Beklagten unentgeltlich gestatteten Zuführung seiner Kuh zum Bespringen des Ochsen, lag ein Commodatcontract — kein gewöhnliches precarium — zum Grunde, weil das Thier dem Beklagten zu einem gewissen bestimmten Zwecke, ohne Vergeltung [15]), geliehen oder gegeben war. Der Schadensersatz konnte daher nicht nach den Grundsätzen der actio de pauperie, sondern nur nach den Regeln der actio commodati contraria gefordert werden. Vermöge derselben ist aber der Commodant bloß zur Erstattung des Schadens verpflichtet, welchen er dem Commodatar durch Vorsatz, oder grobe Nachlässigkeit zugefügt hat [16]). Der Kläger mußte also, zur Begründung seiner Klage erweisen, daß der Beklagte den Springochsen, mit der Kenntniß von seiner Bösartigkeit, oder stößigen Eigenschaft geliehen, oder der Wärter desselben bei dessen Zuführung zum Bespringen der Kuh ein solches Versehn begangen habe, wodurch der Ochse in eine so ungewöhnliche und widernatürliche Wildheit versetzt ward.

15) Geschiehet die Beschälung, oder Bespringung gegen Entrichtung des sonst gewöhnlichen Springgeldes, Springhafers u. dergl., so treten die Grundsätze des Miethcontracts ein.

16) L. 18. §. 3. L. 22. D. commodati. Thibaut Pandectenr. §. 890. Schweppe röm. Privatr. §. 454. Dabelow Handb. des Pandectenrechts B. 2. §. 179.

LXXXIV. Erörterung.

Zur Begründung der Paulianischen Klage ist der dolus debitoris nicht allein hinreichend.

Wenn ein Schuldner, der in Concurs gerathen ist, von seinem Vermögensstücken etwas veräußert, oder Capitalien bezahlt, cedirt hat u. s. w., so entstehen nicht selten über die Zurückforderung derselben zur Masse, weitläuftige Processe. Ist die Alienation u. s. w. vom Schuldner zu einer Zeit geschehn, wo er sich bereits gerichtlich für insolvent erklärt hatte, oder ihm die Verwaltung seines Vermögens gerichtlich genommen, und das Eine, oder das Andere öffentlich bekannt gemacht war, so ist die unternommene Veräußerung, Cession, Zahlung u. s. w. ohne allen Zweifel ipso iure nichtig[1]). Aber wenn sie früher geschahe, dann ist das Signal zum Streite gegeben.

Diejenigen Rechtslehrer[2]), welche einen imminenten, oder materiellen Concurs annehmen — wobei sie jedoch selbst unter einander, über die eigentlichen Kennzeichen,

1) Schweppe System des Concurses, 2te Ausg. §. 31. ff. Daß die Alienation nach einer der erwähnten Prioden geschehen sey, muß im Leugnungsfalle der Curator erweisen.

2) Insonderheit Gmelin Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger Erlangen 1775.

und den Zeitpunct des Anfangs desselben, gar nicht einig sind*) — stellen die allgemeine Regel auf: daß alle Veräußerungen, die der Schuldner zu einer Zeit unternommen, wo er seine Zahlungsunfähigkeit gekannt habe, oder überhaupt nicht mehr solvent gewesen sey, mit der Paulianischen Klage umgestoßen werden könnten. Andere [3]), welche die Erkennung des förmlichen Concursprocesses — Erlassung der Edictalladung — den Immissionen der Römer äquipariren, behaupten dagegen, daß bis zu diesem Zeitpuncte der Schuldner veräußern, und jeder Gläubiger seine Bezahlung, oder Sicherstellung, von ihm annehmen könne. Jede dieser Meinungen hat ihre Autoritäten, und daher ist, und wird bald die eine, bald die andere zum Grunde der Entscheidung gelegt. Die Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle hat indeß, gestützt auf den wahren Sinn der römischen Gesetze [4]), den Grundsatz angenommen: daß die Paulianische Klage nur dann statt finde, wenn ein Schuldner, dem die Administration seines Vermögens noch nicht genommen war, in der böslichen Absicht, seine Gläubiger zu beeinträchtigen, von seinem Vermögen etwas veräußert, verpfändet, cedirt, oder gezahlt, und der Käufer, Cessionar oder Gläubiger an der betrügerischen Absicht desselben Theil genom-

*) von Almendingen über den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger, Gießen 1797. 8.

3) Struben rechtl. Bedenk. V. 92. Leyser Med. 478. Sp. 3. Walch in disp. de iure prioritatis in fraudem creditorum impetrato §. 8. (in Opusc. Tom. 3. Exerc. 9.) u. a. m.

4) M. s. vorzüglich Happel Beobachtungen beim Ausbruche eines Concurses u. s. w. Gießen 1801, und Schweppe a. a. O. §. 33.

men hat[5]). Hiernach ist es also, in jedem einzelnen Falle, immer mehr eine That- als Rechtsfrage, ob die Paulianische Klage gegründet ist, oder nicht?

Mit vollem Rechte reprobiren die Gesetze alle betrügerischen Handlungen. Aber wie mancher Schuldner kennt seine Vermögensumstände nicht einmal ganz genau; indem er seine Güter höher schätzt, als sie nachher verkauft werden; Activa für gut und sicher hält, die verloren gehn; auf Vermögenszuwachs, durch Erbschaften, Conjuncturen und Glückszufälle rechnet, die nicht erfüllt werden, und dergleichen mehr! Wenn er nun, durch dringende Zahlungsanforderungen, einstweilen in mißliche, oder insolvente Vermögensumstände geräth, und in solchen veräussert, cedirt oder sich auf andere Weise aus dieser Lage zu retten sucht, so kann man darin doch niemals den vollen Beweis eines böslichen Vorsatzes, die andern Gläubiger zu verkürzen, antreffen, woran unter solchen Umständen der Schuldner vielleicht gar nicht dachte. Aber, gesetzt er hätte wirklich diesen fraudulenten Vorsatz gehabt, so kann derselbe doch weder einem Dritten, nach seinem auf Zahlung dringenden, und befriedigten Gläubiger anders schädlich seyn, als wenn sie selbst an dem Betruge, oder der böslichen Absicht, die übrigen Gläubiger zu beeinträchtigen, Antheil genommen haben. Diesen Fall stellen die

5) Besonders in Hinsicht einer, zum Nachtheil anderer Gläubiger geschehenen Verpfändung hält Weber, in den Beitr. zu der Lehre von Klagen n. 8., den dolum debitoris allein hinreichend zur Begründung der Paulianischen Klage; m. s. aber Walch l. c. §. 9. Schweppe Concurs, 2te Aufl. §. 82.

Gesetze[6]) bei der Stattnehmigkeit der Paulianischen Klage unter; aber sie halten einen bloß vigilanten Gläubiger weder für einen Betrüger, noch Theilnehmer an der böslichen Absicht des Schuldners. Daher soll auch der wachsame Gläubiger, mit Ausnahme weniger Fälle[7]), seine empfangene Zahlung, der Regel nach, gegen alle Ansprüche der übrigen Creditoren sicher behaupten können, wenn er gleich die Insolvenz seines Schuldners gekannt und gewußt hat[8]).

Der bloße Umstand, daß ein Schuldner veräußert, oder gezahlt hat[9]), wo er nicht mehr solvent war, kann also an sich den Beweis des doli so wenig herstellen, als die Theilnahme des Käufers oder Gläubigers an der böslichen Absicht desselben, seine Creditoren zu beeinträchtigen, dadurch für erwiesen angenommen werden, daß sie Kennt-

6) Scävola bemerkt ausdrücklich, in der L. 22. D. quae in fraudem creditorum: qua creditorum fraudes rescindi solent.

7) Wenn nemlich die Zahlung zum Nachtheil des Fiscus, oder eines andern, gleich vigilanten Gläubigers geschehen ist, der bereits rechtliche Mittel zu seiner Befriedigung gebraucht hatte, L. 6. §. 2. D. de reb. auct. iudic. possid. Struben I. 105. Oelze de creditore sibi vigilante §. 25.

8) L. 6. §. 6. u. 7. L. 24. D. quae in fraud. Cred. L. 21. D. de peculio. Struben a. a. O. Oelze l. c. §. 25. seq. Canngiesser Dec. V. 2. dec. 232. Frick de revocandis tam. rebus alienatis, tam nummis solutis, imminenti aut moto concursus iudicio §. 13. seqq.

9) In wie fern eine, andern Gläubigern zum Nachtheil geschehene Verpfändung mit der Paulianischen Klage umgestoßen werden kann, darüber s. m. Weber a. a. O.

niß und Wissenschaft von dem verschuldeten Zustande desselben hatten, und den Ausbruch des Concurses, über sein Vermögen, als nahe bevorstehend, ansahen. Indeß können diese Umstände, besonders wenn andere erwiesene Thatsachen hinzutreten, allerdings eine Vermuthung für den dolum des Gläubigers u. s. w., und dessen Theilnahme bewirken, und ein Erkenntniß auf den Reinigungseid begründen. Die Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle erkannte daher, am 19ten Jul. 1820, in Sachen Hansing w. den Ahronschen Curator: Wenn nun zur Begründung der Paulianischen Klage wesentlich erforderlich ist, daß der Käufer die Absicht des cridarii, durch den Verkauf seine Gläubiger verkürzen zu wollen, gewußt habe; wogegen die bloße Kenntniß des verschuldeten Zustandes desselben, und die Möglichkeit eines eintretenden Concursverfahrens hierzu nicht hinlänglich ist; so ist der dem Appellanten auferlegte Reinigungseid dahin zu normiren: gestalten demselben die Absicht des cridarii, durch den Verkauf der libellirten Mobilien seine Gläubiger verkürzen zu wollen, nicht bekannt gewesen sey.

LXXXV. Erörterung.

In wie weit dürfen alte aufgefundene Proceßacten bei der Decision eines pendenten Processes gebraucht, und in wie fern können überhaupt Hülfsacten dabei benutzt werden?

Gerichtliche Proceßacten erscheinen, hinsichtlich der Partheien, nur als Privaturkunden; indem sie bloß gültige Geständnisse, Beweise, oder sonst verbindliche Willenserklärungen derselben enthalten. Sie beweisen daher nur vollständig gegen die Partheien, unter welchen sie verhandelt, und wider diejenigen, welche an deren Handlungen gebunden, und sie zu vertreten schuldig sind [1]. In Hinsicht dritter Personen sind die gerichtlichen Proceßacten lediglich als unbeschworne schriftliche Zeugenaussagen zu betrachten [2]. Hieraus folgt:

1) Daß alte aufgefundene Acten, welche unter denselben streitenden Partheien, oder deren Antecessoren, über denselben Gegenstand verhandelt sind, den neuern Acten adjun-

1) L. 26. in f. D. depositi, L. 14. C. de n. n. p. Nov. 100 c. 1. u. 2.

2) Struben V. 48. Beckmannor. Consil. T. 1. nro. 41. n. 10. Pract. Erörter. I. 4. §. 24.

adjungirt, und bei der zur Decision stehenden Sache, wenn in jenen Alles klar vorliegt, zum Grunde gelegt werden können, ohne daß es durchaus nothwendig ist, die Partheien über deren Inhalt zu vernehmen; denn die darin enthaltenen Bekenntnisse, Entscheidungen u. s. w. bewirken der Regel nach einen vollen Beweis unter den Litiganten. Dahingegen dürfen

2) Alte aufgefundene, oder noch currente gerichtliche Acten, welche entweder hinsichtlich der jetzt streitenden Theile, oder der Klage und Proceßart verschieden sind, wenn sie auch an sich auf die Entscheidung der vorliegenden Sache von besonderm Einflusse seyn können, nicht ohne ein vorgängiges Audiatur bei der Sachentscheidung zu Hülfe genommen werden [3]). Offenbar würde es gegen die Regeln des Processes anstoßen, wenn man auf solche Acten, ohne die Partheien darüber vollständig gehört zu haben, ein decisives Erkenntniß bauen wollte. Nur in den Fällen dürfte die Vernehmung derselben überflüssig seyn, wenn sie sich entweder in ihren Verhandlungen selbst auf die ältern und Hülfsacten besonders berufen und bezogen haben; oder die Sache schon aus den zum Spruch vorliegenden, currenten Acten mit voller Ueberzeugung entschieden werden kann, und die ältern oder Hülfsacten dabei nur noch einen höhern Grad von der Gewißheit und Wahrheit der bestrittenen Thatsachen bewirken [4]). Ist indeß die Streitsache zunächst und hauptsächlich aus dem Inhalte der aufgefundenen, aber unter andern Partheien verhandelten alten, oder sonstigen Hülfsacten zu decidiren, so muß allemal durch ein Präliminardecret eine Hand-

3) Ludolf T. I. obs. 93. Mevius Dec. Part. 7. dec. 154.

4) Hoscher Samml. merkw. am R. C. G. entschiedener Rechtsfälle B. 4. S. 40 f.

lung darüber unter den Partheien eingeleitet, und veranlaßt werden.

Bestehen übrigens die alten oder Hülfsacten aus Urkunden und Piecen, welche von den höchsten Regierungs- oder andern öffentlichen Verwaltungsbehörden über Gegenstände abgefaßt sind, welche die Staatsverwaltung interessiren, oder in die allgemeine Landesoeconomie und Policei einschlagen, z. B. die Anlage von Canälen, Wasserleitungen, Deichbauten, Gemeinheitstheilungen u. s. w., welche als öffentliche Urkunden eine vollkommne Beweiskraft für und gegen Jedermann haben, so können solche unbedenklich sofort, und ohne die Partheien erst darüber zu hören, bei der Hauptentscheidung vom Richter gebraucht und zum Grunde gelegt werden.

LXXXVI. Erörterung.

Kann die Ehefrau eines Meiers ihr Eingebrachtes aus dem Concurse ihres Ehemannes zurückfordern, wenn derselbe Schuldenhalber abgemeiert ist?

Nach der Meierverfassung kann man es als ein Axiom des Meierrechts annehmen, daß der in das Colonat einheirathende Ehegatte den Mitbesitz und Mitgenuß des Meiergutes erhält, und Theil am Colonatrechte bekommt. Durch das Einheirathen, oder Einfreien in den Meierhof wird eine gemeinschaftliche Benutzung der Stelle zwischen beiden Eheleuten bewirkt, die zwar, während der Ehe, in einer nießbräuchlichen Gütergemeinschaft bestehet; aber keinesweges als eine eigentliche allgemeine eheliche Gütergemeinschaft betrachtet werden kann. Die Folgen und Wirkungen[1]) der letztern treten unter den Meierleuten und Ehegatten gar nicht ein. Weder der Hof selbst, noch das Colonatrecht kann ein Gegenstand der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft seyn. Das Grundeigenthum des Meiergutes und was gesetzlich zur Hofwehr gerechnet wird — Allodium inseparabile — gehört aber eigenthümlich dem Gutsherrn, und ist der freien Disposition der Meierleute entzogen. Daher wird

1) Runde deutsches Privatr. §. 606 ff.

der Hof, nebst Zubehör, nicht das meierrechtliche Eigenthum des aufheirathenden überlebenden Colonen, nach dem kinderlosen Tode des Ehegatten, von welchem der Hof herkommt; denn wozu bedürfte es sonst der, mit Genehmigung des Gutsherrn, zu verabredenden gewöhnlichen Klausel: längst Leib, längst Gut! Auch hat zwischen dem längstlebenden Ehegatten, und den vorhandenen Kindern, weder eine Fortsetzung der Gemeinschaft, noch eine Theilung mit denselben, im Falle einer zweiten Ehe, u. s. f. statt. Das Colonatrecht selbst kann aber gar kein Object einer wahren allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft seyn, weil solche mit der festgesetzten Meiererbfolge und der Untheilbarkeit des Meiergutes nicht würde bestehn können [2]. Daher pflegen auch selbst da, wo die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft gesetzlich eingeführt ist, die Bauern und Colonen von derselben ausdrücklich ausgeschlossen zu seyn.

In Absicht des eigenthümlichen Vermögens, des freien Allodii, stehn aber die Meierleute unter denselben Gesetzen und Rechten, wie die übrigen Unterthanen des Staats. Kein Gesetz bestimmt und verordnet, daß die meierpflichtigen Ehegatten ihr gegenseitiges freies Allodialvermögen auf eine ungetheilte Weise, pro indiviso, besitzen und genießen sollten, oder daß die Ehefrau, welche dem Manne trauet, auch den Schulden desselben, ohne einen andern speciellen Verbindlichkeitsgrund, trauen solle! Ohne Zweifel müssen daher die Rechtswohlthaten, welche das gemeine Recht den Ehefrauen auf das dispositionsfreie Vermögen des Ehemannes allgemein einräumt, auch den Meierweibern gestattet werden; da weder ein Gesetz, noch die Natur des Meierverhältnisses, oder die gemeinschaftliche Benutzung und Besitzung des

2) Runde von der Interimswirthschaft §. 10 u. 25.

Meiergutes, während der Ehe, sie davon ausschließt, oder auszuschließen vermag. Nur in so weit leidet die Anwendung des gemeinen Rechts eine Ausnahme, als dasselbe mit der Meierverfassung und dem Colonatwesen selbst, völlig unverträglich ist. Deßhalb kann z. B. die Ehefrau, von welcher der Hof herkommt, denselben weder reclamiren, wenn ihr eingeheiratheter Ehemann schuldenhalber, oder aus einem andern rechtlichen Grunde, abgemeiert ist[3]; noch den Meierhof, als Dotalgut, vindiciren, wenn er ihn, unter gutsherrlichem Consense, auf eine gültige Weise veräußert hat[4]. Der einfache Grund hiervon liegt darin, weil der Colonus die Meierstelle allezeit persönlich bewohnen und verwalten muß[5], und dem weiblichen Geschlechte überhaupt eine natürliche Unfähigkeit entgegensteht, wodurch es verhindert wird, den Wirth, Wehrfester, oder Reihemann selbst vorzustellen[6].

Das Eingebrachte einer einheirathenden Meierfrau bleibt zwar der Regel nach, und wenn es zum Nutzen des Hofs verwendet ist, in der Stelle zurück, und kann aus derselben nicht repetirt werden; aber dagegen erhält sie auch aus dem Hofe eine Leibzucht und Versorgung im Alter. Die letztere fällt indeß hinweg, wenn deren Ehemann, wegen contrahirter Schulden, abgemeiert wird und aus dem Hofe weichen muß[7]. Kein Gesetz verpflichtet in einem solchen Falle die Ehefrau, ihren wirklich inferirten Brautschatz oder ihr sonstiges Einbringen, und Aussteuer, den

3) Pract. Erörter. B. 4. n. 10.

4) Pract. Erörter. B. 5. n. 33. §. 9 u. 16.

5) Pract. Erörter. B. 4. n. 11. S. 63.

6) M. s. n. 40 d. Bds.

7) Runde von der Leibzucht § 64 u. 79. Pract. Erörter. B. 4. n. 10.

Gläubigern des Ehemannes zu überlassen, zu deren Gunsten unfreiwillig aufzuopfern, und dadurch selbst und mit ihren Kindern in Armuth und Dürftigkeit zu gerathen. Die verschwenderische Lebensart des Ehemannes entziehet auch, nach gemeinen Rechten, der Ehefrau so wenig die Privilegien ihres Brautschatzes, als wenn sie wissentlich einen verschuldeten oder verschwenderischen Mann geheirathet hat, wenn sie nur nicht selbst an dem Vermögensverfalle desselben und dem Ruin des Hofes, durch üppiges und unwirthschaftliches Leben, Ursach und Veranlassung mitgegeben hat [8]).

Mit diesen Grundsätzen stimmen nicht nur mehrere Meierordnungen [9]), sondern auch vaterländische Schriftsteller überein [10]).

8) M. s. n. 94 d. Bs.

9) z. B. die Calenbergische Kap. 9. §. 8. in Spangenberg Samml. Th. 2. S. 434 f.

10) von Ramdohr Erfahr. B. 3. S. 121.

LXXXVII. Erörterung.

Der über ein Haus abgeschloßne Kauf- Mieth- oder Tauschcontract kann aufgehoben werden, wenn dasselbe von Wanzen inficirt ist.

Die Billigkeit erfordert, und das Edict der Aedilien, das Gesetz, befiehlt, daß im Handel und Wandel der Verkäufer u. s. w. dem Kauflustigen alle verborgenen Mängel und Fehler der Kaufsache, sie mag beweglich oder unbeweglich seyn [1]), in so fern sie auf deren Tauglichkeit, Brauchbarkeit, oder Werth Einfluß haben, aufrichtig anzeige. Geschiehet es nicht, verschweigt der Verkäufer, oder Vermiether diese Fehler und Mängel, so muß er, auf Verlangen des Käufers, die Sache wieder zurücknehmen. Ob die Mängel bleibend, oder vorübergehend sind, ist gleichgültig; denn auch solche Fehler, welche mit der Zeit, oder durch anzuwendende Mittel gehoben werden können, stehen unter dem Edict [2]). Nur müssen die Fehler, Mängel und Gebrechen der Sache, schon zur Zeit des Contracts vorhanden, und verborgen, oder heimlich, mithin nicht in die Augen fallend und nicht deutlich sichtbar gewesen seyn [3]). Jeder Fehler ist

1) Archiv für die civilist. Praxis B. 5. S. 350. B. 6. S. 60 Schweppe röm. Privatrecht §. 432.

2) L. 6. pr. D. de edict. aedilit.

3) Schweppe a. a. O. §. 431.

aber als ein verborgener zu betrachten, der erst durch Erfahrung, oder vorgängige Untersuchung entdeckt und herausgebracht wird [4]). In der Wahl [5]) des Verkürzten beruhet es, ob er auf die Aufhebung des Contracts klagen, actio redhibitoria, oder mit einer Verminderung seiner Gegenleistung, actio quanti minoris, zufrieden seyn will, und es stehet ihm frei, sich dieser Rechtsmittel als Klage, oder als Einrede zu bedienen [6]).

Ein von Wanzen ganz, oder nur theilweise [7]) inficirtes Haus enthält einen Mangel, welcher dasselbe, oder die Wohnung unbrauchbar macht; denn die ekelhafte Plage der Wanzen, zu deren Vertilgung nicht einmal ein souveraines Mittel bisher entdeckt wurde, ist für die Bewohner eines Hauses gewiß sehr groß [8]). Dies Ungeziefer enthält ein wahres vitium latens, wenn nicht etwa kundbar an einem ganzen Orte, oder in einem einzelnen Hause die Wandläuse einheimisch sind [9]); Und da Wanzen wohl ohne

4) L. 1. §. 6. L. 14. §. 10. D. de edict. aedilit.

5) von Feuerbach Versuche Th. 1. n. 2. Glück im Commentar §. 111.

6) Glück a. a. O. Westphal vom Kauf u. s. w. §. 539.

7) Voet im Comment. lib. 21. tit. 1. §. 4.

8) Sehr wahr sagt davon Hommel in Rhaps. quaest. obs. 332: Si spectra iustam discedendi caussam praebere visa sunt, nonne et cimices; quos plerisque magis, quam infernales illas, quae atavorum aetate regnabant, larvas metuunt!

9) Arg. L. 48. §. 4. D. de edict. aedilit. Glück a. a. O. §. 1108.

ohne alle Frage der vollen Brauchbarkeit eines Hauses schaden, und zur wahren Plage der Bewohner und ihrer Sachen werden, so findet deßhalb unstreitig eine Klage auf Aufhebung des Contracts, oder eine Einrede gegen die verlangte Erfüllung desselben statt, wenn der Käufer oder Miether, im Leugnungfalle, erweisen kann, daß zur Zeit des geschlossnen Handels Wanzen im Hause gewesen sind, und der Verkäufer oder Vermiether diesen Fehler verschwiegen hat[10]). Die K. Justiz-Canzlei zu Zelle erkannte hiernach im Dec. 1820 in S. Rohde w. Holenkamp, wegen eines Contracts: Würde Beklagter — darthun, daß das befragliche Haus zur Zeit des geschloßnen Contracts, überhaupt oder in den einzelnen Theilen desselben, von Wanzen inficirt gewesen, und ihm solches vom Kläger verschwiegen sey; so erginge ferner w. R.

10) Glück a. a. O. §. 1058. a. E. v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. 1. n. 84.

LXXXVIII. Erörterung.

Ueber die Anlage von Wasserleitungen und Abzugs-Canälen.

Es ist eine bekannte Sache, daß die niedriger und unterhalb liegenden Grundstücke, die von den höhern, angrenzenden Ländereien in ihrem natürlichen Laufe abfließenden Gewässer, als natürliche Dienstbarkeit, aufnehmen müssen. Aber die Besitzer der erstern brauchen es nicht zu gestatten, daß ihnen von den letztern das herabfließende Wasser, durch künstliche Vorrichtungen, zugeführt wird [1]), z. B. durch Verbindung der natürlichen Ableitungszüge, Sinken, Rieden u. s. w. zu einem Wasserabzugscanale; durch Verlängerung, Erweiterung und Vertiefung derselben, oder durch andere künstliche Anlagen, wodurch das Wasser vereinigt, an Menge und Schnelligkeit zunimmt, und auf die niedriger liegenden Grundstücke hingeleitet wird, z. B. durch Abtragung und Erniedrigung der natürlichen Ufer oder Staudämme, welche das Wasser zurückhalten [2]) u. s. w. Nur dann würden die obern Ländereibesitzer zu solchen künstlichen

1) Gesterding Beitr. zum Wasserrechte, in Gensler Archiv für die civilist. Praxis B. 3. n. 5.

2) L. 8. §. 6. si serv. vind. L. 1. §. 1. 6. 13. L. 3. pr. D. de aqua et aquae pluv.

Vorrichtungen befugt seyn, wenn sie entweder erweisen könnten, daß die unterwärts liegenden Grundeigenthümer gar keinen Schaden davon hätten, auch nicht einmal den, nun ihre eignen Gräben, Canäle u. s. w. vergrößern, erweitern, vertiefen zu müssen; oder daß ein Gesetz, Vertrag oder die Verjährung sie dazu berechtige. So bald aber dergleichen künstliche Anlagen widerrechtlich angelegt werden, kann der dadurch Verletzte auf Demolition derselben, und Schadensersatz klagen, wenn er die Existenz und die Größe desselben zu erweisen vermag [3]). Dabei bestimmen jedoch die Gesetze, daß der durch unbefugt angelegte Canäle, Wasserleitungen u. s. f. einem Dritten, oder dessen Grundstücken zugefügte Schaden, nur in so weit vergütet werden soll, als derselbe post litem contestatam erwachsen ist [4]).

Sind übrigens dergleichen Wasserleitungen, Canäle, und sonstige, die schädlichen Gewässer fortschaffenden Veranstaltungen kein Privatwerk [5]), sondern auf Befehl des Landesherrn, oder dessen höchsten Regierungsbehörde, aus Rücksichten der allgemeinen Landesöconomie und Policei, z. B. zum Besten der Unterthanen einer ganzen Gegend, mithin des öffentlichen Wohls wegen angelegt, und vorgerichtet, so findet, nach gemeinen Rechten [6]), wider

3) Schmidt von gerichtl. Klagen §. 1316 ff.

4) L. 6. §. 6. L. 11. §. 6. D. de aqua. Ueber den Grund dieser gesetzlichen Bestimmung Voet in Comment. lib. 39. Tit. 3. n. 3.

5) Für ein Privatwerk sind auch diejenigen Abzugsanstalten zu achten, welche von der Domainencammer — bloß zum Vortheil der landesherrl. Domanialgrundstücke vorgerichtet werden.

6) L. 2. §. 3. u. L. 23. pr. D. de aqua. Westphal de Servitut. §. 467. p. 300.

der das Gouvernement selbst, oder die Behörden, welche dabei auf dessen Befehl handelten, keine Klage auf Demolition, oder Schadensersatz statt [7]). Aber die dadurch verletzten, unterhalb liegenden Grundbesitzer, können von den oberhalb liegenden Grundeigenthümern, wenn zu deren Vortheil die Abzugscanäle, und Wasserleitungen angelegt sind, um ihre Ländereien und Besitzungen von den nachtheiligen Gewässern zu befreien, eine Entschädigung, oder solche Veranstaltungen im ordentlichen Rechtswege fordern, wodurch die, durch die Anlage des Canals, oder der Wasserableitung, ihren Grundstücken erwachsenen wirklichen und erweislichen Nachtheile entfernt werden [8]).

Ein Theil der vorstehenden Grundsätze kam bei der Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle im Nov. 1820, in Sachen der Dorfschaft Stipelse w. den Anwald der K. Cammer, wegen Wasserleitung und Schadensersatz, in Erwägung; Und das Königl. Oberappellationsgericht erkannte, in einem ähnlichen Falle, in Sachen des Eigenthümers Schullt auf Niendorf, w. den Anwald des Amts Ratzeburg, wegen Ableitung des Kittlitzer Hofsees, am 25sten Jun. 1796 also: Wenn gleich nach der natürlichen niedrigern Lage des dem Eigenthümer Schullt zugehörenden Gutes Niendorf, gegen den höher belegenen

7) Wenigstens nach unserer bisherigen Verfassung nicht vor den Landesgerichten. Pract. Erörter. I. 46. IV. 24. §. 9. u. 10.

8) Nach der L. 6. §. 6. L. 11. §. 6. D. de aqua, soll der Richter bei dem Erkenntniß über schädliche Wasserbaue und Anlagen zweierlei bestimmen: erstlich den Schaden, welcher zu erstatten, und zweitens die Anstalt, welche zu treffen ist, um künftigen Schaden zu verhüten.

Kittlitzer Hoffsee, und der daher entspringenden Dienstbarkeit, der Kläger ganz unstreitig verbunden ist, das aus gedachtem See übergetretene Wasser, in so fern es durch den natürlichen Abfluß bis zu seinen Grudstücken gebracht wird, aufzunehmen und demselben den Abfluß bis zu dem Schallsee zu gestatten; Alldieweil jedoch dieser natürliche Abfluß des aus dem Kittlitzer See übergetretenen Wassers, so wie derselbe vor dem Jahre 1788 gewesen ist, und die darunter, nach der Natur des Orts, dem Gute Niendorf obliegende Verbindlichkeit, gänzlich außer Streit ist, da selbige von dem Kläger selbst, in actis nie verkannt ist; die ganze klagbar gemachte Intention desselben vielmehr einzig und allein gegen die im Jahr 1788 von dem Beklagten Amte veranstaltete neue Vorrichtung gerichtet ist — da nemlich der Wasserstand des Kittlitzer Hoffsees um 18 Zoll erniedrigt, und das solchergestalt aus selbigem gelassene Wasser, mittelst eines, von der Mündung des Sees, bis zu der Niendorfer Grenzscheide gezogenen, breiten, mit zwei steinernen Brücken versehenen, Abzugsgraben dem Kläger stromweise zugeführt worden; Und dann die von dem Schullt, dieses operis manufacti wegen, sich angemaßte Klage, nach allen ihren Theilen, für völlig in den Rechten begründet zu achten ist, sämmtliche von dem Beklagten derselben entgegengesetzte Einreden auch entweder an sich nichts releviren, oder doch noch zur Zeit in der erforderlichen Maße nicht erwiesen sind, um der erhobenen Klage den mindesten Abbruch zu thun; Als wird nunmehro der Beklagte, mit gänzlicher Wiederaufhebung der vorhin in der Sache eröffneten, von Jena und Frankfurt an d. O. eingeholten Erkenntnisse, damit verurtheilt, sich den, aus der unternommnen, unzurechtfertigenden neuen Vorrichtung, für ihn herfließenden Folgerungen, und gesetzmäßigen Prästationen zu unterwerfen; es könnte und wollte denn der Beklagte, mit Vorbehalt des dem Kläger

zustehenden Gegenbeweises, intra proximam, zu Recht erweisen: entweder, daß das Amt Ratzeburg einen Grund wirklicher Berechtigung zu der veranstalteten, in Frage befangenen, Vorrichtung gehabt habe; oder aber, daß der qu. Wasserablauf mit allen seinen Theilen, so wie er 1788 eingerichtet worden, dem Kläger und dessen Gutsbesitzungen, in Absicht des Wasserzuflusses, nicht nachtheiliger und schädlicher sey, als es der natürliche Zufluß vor dem Jahre 1788 gewesen. Auf den Fall jedoch, daß der Beklagte den einen oder den andern dieser Beweissätze in rechtserforderlicher Maße beizubringen, mithin auf solche Weise den Grund der erhobenen Klage zu elidiren nicht im Stande seyn sollte, so werden die, dem Beklagten obliegenden Prästationen, eventualiter dahin bestimmt und festgesetzt:

1) Ist sodann der Beklagte gehalten, entweder die 1788 veranstaltete neue Vorrichtung, mit allen ihren Annexis, wieder wegzuräumen, und den vorigen, natürlichen Wasserabfluß aus dem Kittlitzer Hofsee, bis zu der Niendorfer Scheide, völlig wieder herzustellen, so wie derselbe sich vor dem Jahre 1788 befunden hat; oder aber, dafern der Beklagte gemeint seyn sollte, die zum offenbaren Besten der oberhalb belegenen Kittlitzer Grundstücke, nur mit gänzlicher Hintansetzung der in Beziehung auf des Klägers Grundstücke nothwendigen Vorsichtsregeln im Jahr 1788 getroffnen Vorrichtung, den Einschnitt in dem See selbst, und die aus selbigem bis an die Niendorfer Scheide gezogenen Abzugsgräben, zusammt den dazu gehörenden Brücken, auch in der Folge beizubehalten, alsdann diese Vorrichtung solchergestalt einzurichten, daß selbige dem Kläger und seinen Grundstücken zu keiner Jahrszeit nachtheiliger werden können, als vor dem Jahre 1788 der Abfluß des Kittlitzer Seewassers, nach der niedrigern Lage der Niendorfer Grundstücke, es gewesen ist; gestalten denn der Beklagte zur Aus-

mittlung einer solchen, dem Kläger unnachtheiligen Einrichtung, sich entweder außergerichtlich mit demselben zusammen zu thun, oder aber, nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses, auf dem Wege einer des Endes nachzusuchenden gerichtlichen Commission solches, so wie überhaupt die gänzliche Beilegung dieses Rechtsstreits, zu bewirken;

2) Ist der Beklagte in Conformität obiger Grundsätze, und falls er den nachgelaßnen Beweis nicht beibringen sollte, verbunden dem Kläger so wohl wegen des, durch die im Jahr 1788 veranstaltete erste Ueberschwemmung verursachten, und nur noch ratione quanti einer Bescheinigung bedürfenden Schadens, als auch wegen Alles desjenigen Schadens eine völlige Vergütung zu leisten, welchen des Klägers Grundstücke nachgehends pendente lite, und bis zur künftigen unnachtheiligen Einrichtung, oder Wegräumung des operis manufacti erweislichermaßen noch erlitten haben können, oder werden, welchen letztern angeblichen Schaden der Kläger jedoch vorgängig noch in quali et quanto darzuthun hat;

3) Gehören auch zu der, dem Beklagten obliegenden Entschädigungsverbindlichkeit eventualiter auch diejenigen Kosten, welche der Kläger zu der Vorrichtung seines Staudammes, und der darin angebrachten Schleuse anwenden müssen, um so mehr, da diese zu des Klägers Defension eigentlich gemachte Vorrichtung unstreitig des Beklagten selbst eigenen Vortheil in so fern mit bewirkt hat; weil bei nicht vorhandenem Staudamme, ein weit größerer und wichtigerer Theil der Niendorfer Grundstücke im Jahr 1788 bei der ersten Wasserablassung unfehlbar überschwemmt seyn würde; indeß hat der Kläger auch diesen Kostenaufwand vorgängig zu specificiren, und gebührend zu bescheinigen u. s. w.

LXXXIX. Erörterung.

Von der Gewissensvertretung.
zur
Erläuterung der O. A. G. O. Th. 2. Tit. 8. Sect. 3. §. 1.

Der Delat hat das Recht einen ihm zugeschobenen Eid anzunehmen, oder zurückzuschieben, oder aber den Versuch zu machen, das Gegentheil von dem, durch andere Beweisstücke darzuthun, was er eidlich erhärten soll, d. i. sein Gewissen mit Beweis zu vertreten. Nach der Oberappellationsgerichtsordnung[1]) muß

1) der Delat, welcher zur Gewissensvertretung recurriren will, innerhalb der, zur Erklärung auf den deferirten Haupteid, bestimmten Präjudicialfrist, die Beweisartikel, Urkunden übergeben. Daraus folgt, daß der Eid allein zur Gewissensvertretung nicht gebraucht werden kann, und wenn die Frist abgelaufen ist, sodann die Gewissensvertretung für desert, und der deferirte Eid selbst für verweigert erklärt werden muß[2]);

2) Stehet es dem Delaten frei in einem Puncte den Eid anzunehmen — also auch zu referiren — in andern

1) Th. 2. Tit. 8. Sect. 3. §. 1. Justizreglement §. 1.

2) Martin Lehrb. des Processes §. 217 n. q. Oesterley Handb. des hannöv. Processes Th. 2. S. 277.

andern Puncten aber sein Gewissen mit Beweis zu vertreten [3]);

3) Wenn der Eid von dem Delaten einmal angenommen ist, wird es ihm, der Regel nach, nicht gestattet, auf die Gewissensvertretung zurück zu gehn [4]);

4) Derjenige, welchem der Eid referirt wird, darf sein Gewissen nicht mit Beweis vertreten [5]);

5) Ein Gegenbeweis [6]) findet bei der Gewissensvertretung nicht statt; und endlich

6) kann der Delat, wenn die versuchte Gewissensvertretung verfehlt, und erfolglos geblieben ist, den Eid annoch acceptiren, oder referiren [7]). Die Erklarung hierüber wird von ihm zugleich in dem Erkenntnisse, oder Decrete erfordert, wodurch die intendirte Gewissensvertretung für verfehlt erklart wird. Hiernach ist auch von der Justiz-Canzlei zu Zelle, am 28sten Nov. 1820, in Sachen der Eingesessenen zu Bitter w. den Anwald der Cammer erkannt.

Ob aber die probatio pro exoneranda conscientia in allen Puncten, und völlig gelüngen seyn muß, wenn dadurch die Verweigerung der Erkärung auf einen deferir-

3) O. A. G. O. a. a. O. §. 1.

4) O. A. G. O. a. a. O. §. 5.

5) O. A. G. O. a. a. O. §. 4.

6) O. A. G. O. a. a. O. §. 1. a. E. Nach gemeinem Rechte würde derselbe zulässig seyn. Martin a. a. O. n. p. Gönner Handb. des Processes B. 2. n. 48.

7) Glück Commentar §. 801. Martin a. a. O. Gönner a. a. O.

ten Eid rechtlich begründet werden soll; und ob nicht in dem Falle, wo sie nicht ohne allen Erfolg geblieben — mehr oder weniger als halb erwiesen — mithin ein unvollständiger Beweis geführt ist, nach Beschaffenheit der Umstände, auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid, erkannt werden kann, darüber bestimmen unsere Proceßordnungen nichts, und in der Praxis wird diese Frage bestritten[8]. Die meisten Processualisten[9] sind indeß für die Bejahung derselben, und Malblanc[10] bemerkt deßhalb, sehr zutreffend, folgendes: Tum vero, si plus quam semiplene probatum, judicem absolute suppletorium iuramentum decernere, neque illius relationem concedere debere, hodiernae probationis ac iurisiurandi indoli convenientius mihi videtur, quoniam ei, in quem major probabilitatis gradus vergit, iusiurandum imponi, rationi convenit.

8) Martin a. a. O.

9) Martin a. a. O. Glück a. a. O. §. 804. Oesterley a. a. O. S. 276.

10) de iurejurando §. 58. in f.

XC. Erörterung.

Wilddiebstahl. Confiscation des Gewehrs.

Das gegen die Wilddiebe und Jagdfrevler erlassene Territorialstrafgesetz [1]) gehet von der allgemeinen Betrachtung aus, ob der Uebertreter desselben schon ein und mehrmal bestraft war, oder nicht. Im letztern Falle ist das angedrohete Strafübel durchgehends gelinde, und nur im erstern Falle, wo die frühere Ahndung ohne erfolgte Besserung geblieben ist, zeigt sich die Strenge des Gesetzes gegen den Uebertreter desselben. Darüber fehlt es indeß in dem Gesetze an einer bestimmten Strafsanction, wenn Jemand mehrere Contraventionen wider dasselbe zwar begangen hat; aber vorhin noch wegen keiner derselben bestraft ward. In einem solchen Falle muß sich ohne Zweifel das richterliche Ermessen wirksam zeigen. Vermöge desselben wird man zwar die auf den ersten Contraventionsfall gesetzte Strafe billigmäßig zu schärfen haben.*); aber die Schärfung doch nicht so weit ausdehnen dürfen, daß man jede einzelne Uebertretung dem Angeklagten also besonders anrechnet, um nach der größern, oder geringern Stückzahl des gefangenen, oder erlegten Wild-

1) Verordnung wider die Wilddieberei vom 22sten Jan. 1773. Dieses Gesetz gilt nur in den ältern Provinzen des Königreichs.

*) A. M. ist Fr. Ziegler Theorie der Strafschärfung §. 27 f.

pretts die Dauer der Strafzeit zu summiren und zu bestimmen. Eine solche Absicht darf man wohl schwerlich dem Gesetzgeber unterlegen [2]); weil eine Gefängnißstrafe von langer Dauer viel härter ist, als eine Karrenstrafe von etwa sechs Wochen [3]), und auf solche Weise der Fall leicht eintreten könnte, daß ein noch niemals bestrafter Wilddieb härter bestraft würde, als der, welcher deßhalb schon einmal bestraft ist. Wenn übrigens die Verordnung [4]) festsetzt, daß flüchtig gewordene Contravenienten, oder die sich widersetzt haben, deßhalb allein, und ohne Anrechnung der, wegen sonstiger Uebertretungen des Gesetzes, verwirkten Strafe, bestraft werden sollen, so ist dies unstreitig eine ganz specielle Bestimmung, welche nicht auf alle in der Verordnung verpönte Fälle in der Art anzuwenden ist, daß jeder einzelne Contraventionsfall besonders zu bestrafen, und, unter Zusammenrechnung derselben, die Dauer der Strafzeit zu bestimmen sey. Ueberhaupt ist der Grundsatz dem Geiste dieses Gesetzes nicht entgegen, vermöge dessen die härtere, oder größere Strafe, die gelindere und und geringere absorbirt. Von dem K. Justizdepartement ist diese Ansicht, in einem an die Zellische Justizcanzlei, ad Acta den Inquisiten Laue betr. am 16ten Dec. 1820 erlaßnen Rescripte, ausgesprochen worden.

2) Der §. 12. der Verordnung enthält keine so unnatürliche Strenge. Denn wollte man jede einzelne Uebertretung besonders anrechnen und strafen, so müßte der Contravenient oft zu einem 28 und mehrwöchigen Gefängniß verurtheilt werden.

3) welche in §. 13. der Verordn. auf die Wiederholung der Contravention, nach schon einmal erlittener Bestrafung, gesetzt ist.

4) Im §. 31.

Die Uebertreter der Verordnung sollen auf Zurufen, oder Anreden der Jagdbedienten ihr Gewehr abgeben, und sich vor das Gericht führen lassen [5]). Von beiden sind jedoch wohlbekannte, mit Gütern angesessene, und in Königl. oder Landesdiensten stehende Männer (Personen) eximirt [6]); weil das Gesetz von ihnen nur Jagdfrevel, aber keine Wilddieberei vermuthet. Die bloße Bekanntschaft des Jagdbedienten, mit dem ertappten Contravenienten, befreiet also denselben noch nicht von der Ablieferung des Gewehrs und der Folge vor Gericht — besonders, wenn derselbe zu den Personen geringern Standes, welche kein Vermögen zu besitzen pflegen oder zwar Haus und Hof haben, jedoch der Wilddieberei verdächtig sind; mithin nicht zu den eximirten Personen, zu welchen man alle Honoratioren, nach dem Geiste des Gesetzes, zählen darf — gehört. Aber eben so wenig sind die Letztern von der Ablieferung des Gewehrs und der Folge ins Gericht für befreiet zu achten, wenn sie nicht als solche dem ertappenden Jagdbedienten entweder persönlich bekannt, oder ihre Qualität, bei der Betretung, nachzuweisen im Stande sind. Mancher möchte sonst das Gewand und die Manier eines sogenannten Honoratioren annehmen, die sich durch kein untrügliches äußeres Zeichen erkennen lassen.

In der Wilddiebereiverordnung ist die Confiscation des Gewehrs, der Hunde, und des Jagdgeräthes nicht bestimmt. Erst in einem spätern Ge-

5) §. 20 der Verordn.

6) §. 21 der Verordnung und deren Declaration vom 9ten Aug. 1783. nro. 2. a. E.

setze [7]) ist solche verfügt. Nach den Worten desselben soll zwar der Verfall zur Ermunterung der Forst- und Jagdbedienten, in fleißiger Aufsicht über die Wildbahn, gereichen; aber deßhalb kann man die Confiscation des Gewehrs ꝛc. doch nicht aus dem Gesichtspuncte einer bloßen Prämie, sondern man muß sie als eine wahre Strafe betrachten; weil jede Confiscation, betreffe sie das Vermögen, oder nur einen Theil desselben, allezeit eine, auf gesetzlicher Anordnung beruhende Strafe enthält. Diese Rücksicht berechtigt zu einer strengen wörtlichen Auslegung des Gesetzes. Der Verfall des Gewehrs ꝛc. kann daher nur dann erkannt werden, wenn es den unbefugten Jägern, oder Wilddieben, von den Forst- und Jagdbedienten wirklich abgenommen, und ins Gericht von ihnen geliefert ist. Nur in diesem Falle soll es, nach der wörtlichen Vorschrift des Gesetzes, den Forst- und Jagdbedienten zuerkannt und aus dem Gerichte verabfolgt werden. Die Confiscation cessirt also, wenn das Gewehr dem Contravenienten, nicht von den Jagdbedienten, sondern von dritten Personen, z. B. Bauermeistern, Geschwornen u. dgl. abgenommen, oder auf Befehl des Gerichts weggenommen, und an dasselbe abgeliefert ist; wenn der Jagdbediente das Gewehr ꝛc. auf der Stelle zurückgegeben hat u. s. w. In diesen und ähnlichen Fällen hat er es sich selbst beizumessen, wenn er den, vom Gesetz ihm eingeräumten Vortheil entbehrt; denn wenn

7) Declaration vom 9ten August 1783. Behauptet ein Dritter, wie nicht selten zu geschehen pflegt, Eigenthümer desselben zu seyn, so muß er sein Eigenthum daran nicht nur erst erweisen, sondern auch zugleich zeigen, daß er von dem damit gemachten Mißbrauche — Wilddieberei damit zu treiben — keine Kenntniß und Wissenschaft gehabt habe.

das Object des Verfalls von ihm nicht genommen, und ins Gericht geliefert ist, so kann ihm dasselbe auch nicht zugesprochen und vom Gericht verabfolgt werden. Da übrigens die, in den Verordnungen bezeichneten Personen, mit der Abnahme und Abforderung des Gewehrs ꝛc. darum verschont werden sollen, weil bei ihnen keine wilddiebische Absicht zu vermuthen sey; so folgt hieraus von selbst, daß sie auch von der Confiscationsstrafe gesetzlich befreiet sind. Hätte der Gesetzgeber das Gegentheil bestimmen wollen, so würde dessen Wille deutlich und ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen seyn, was aber nicht geschehen ist. Es kann daher, selbst in dem Falle, wo den Exemten das Gewehr ꝛc. abgenommen (abgepfändet), und ins Gericht geliefert ist, die Confiscation desselben gegen sie nicht erkannt werden, wenn sie gleich sonst, als Jagdfrevler, strafbar bleiben [8]). Diese Ansichten sind höhern Orts in einem Rescripte, vom 23sten Decemb. 1820, ad Acta den Inquisiten Ahlers betreffend, entwickelt und angenommen.

8) §. 21. der Verordn. v. J. 1773.

XCI. Erörterung.

Verjährung der Realservituten nach Prätorischem Rechte.

Der von Pufendorf[1]) vertheidigten, von Andern[2]) aber bestrittenen Meinung, daß eine nicht heimlich, nicht bittweise und nicht gewaltsam, mit Wissen des Eigenthümers, ausgeübte Dienstbarkeit, auch ohne Darlegung eines gerechten Titels, durch einen zehn- oder zwanzigjährigen Besitz, nach Prätorischem Rechte, erworben werden könne, ist die K. Justiz-Canzlei zu Zelle auch noch in neuern Zeiten treu geblieben. Nach derselben ward, im Jahr 1820, in Sachen Immensen wider Wilke zu Evern, in pto. Fischerei, also erkannt: Wenn nun, den angenommnen Rechtsgrundsätzen nach, Realservituten, auch ohne speciellen Rechtstitel iure praetorio binnen 10 oder 20 Jahren präscribirt werden können, in so fern sie, während solcher Zeit, nicht bittweise, nicht heimlich, nicht mit Gewalt, und mit Wissen des Eigenthümers ausgeübt sind, so habt ihr — den Beweissatz dahin fest zu stellen: gestalten die klagende Gemeinde, vor Anfang des gegenwärtigen Rechtsstreits, sich mit Wissen des Eigenthümers 10 oder 20 Jahre in dem öffentlichen, ruhigen und nicht bittweisen Besitze der Fischereigerechtigkeit in der Aue, an der im Streite befangenen Stelle, befunden habe u. s. f. Auf gleiche Weise ward, am 31sten Mai 1822, in Sachen Langenhop c. Mahler in pto. Ueberfahrt, und am 27sten Mai 1823 in Sachen des Raths Deneke w. die Gemeinde Altenzelle, pto Sandgrabens, erkannt.

1) Tom. 1. obs. 32. §. 10. seqq.

2) Glück Commentar §. 629. Höpfner Commentar §. 352.

XCII. Erörterung.

Der in Anspruch genommene Stuprator hat keinen Regreß gegen die übrigen Constupratoren.

Bei unehelichen Kindern ist derjenige für den Vater zu achten, der mit der Mutter derselben den Beischlaf zu einer Zeit vollzogen zu haben einräumt, oder überwiesen wird, daß aus demselben das uneheliche Kind hat erzeugt werden können. Hinsichtlich der Alimentationsverbindlichkeit wird, in den hiesigen Gerichten, die exceptio plurium concubentium nicht attendirt, auch dem, von der Mutter des unehelichen Kindes darauf in Anspruch genommenen, und condemnirten Schwängerer, keine Regreßklage gegen die übrigen Stupratoren gestattet. Die Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle erkannte hiernach, am 30sten Jan. 1821, in Sachen Hibbe c. Buschmann, also: Demnach die Verpflichtung zur Alimentation eines unehelichen Kindes ihren Grund lediglich in der wirklich vorhandenen, oder gerichtlich angenommenen Vaterschaft hat, und daher eben so wenig als letztere auf mehrere Concumbenten vertheilt werden kann; hieraus aber ferner folgt, daß, da der Appellant durch den Bescheid vom 6ten Oct. v. J. für den Schwängerer der Doris Eggers, und für den Vater des von derselben gebohrnen Kindes rechtlicher Weise nach angenommen worden, er wegen Concurrenz zu den Alimentations- und sonstigen, durch die Geburt des Kindes veranlaßten Kosten, keinen Regreß gegen den Appellaten zu formiren befugt ist, so stehet der gerechtfertigten Appellation, wegen Unerheblichkeit der Beschwerde, nicht zu deferiren.

CXIII. Erörterung.

Von den Bürgschaften der Bauern.

Die Policeiordnung Herzogs Christian bestimmt, im 42 Kapitel, daß die Bürgschaften der Adlichen, der Bürger und Bauern, mit Vorwissen und Consens des Landesherrn, und der Obrigkeiten geschehen sollen. In Hinsicht der Adlichen und Bürger ist diese Vorschrift niemals zur Anwendung, oder doch längst außer Gebrauch gekommen [1]), und auch die, von Bauern übernommnen Bürgschaften dürften, in der Regel, nicht für ungültig, oder unverbindlich zu erklären seyn, wenn dabei bloß der obrigkeitliche Consens ermangelt. Das Gesetz hat zwar die Strafe der Nichtigkeit auf diesen Defect ausdrücklich gesetzt; allein die Worte desselben ergeben es doch ziemlich klar, daß des Gesetzgebers Absicht nur dahin gegangen ist, die Bauern zu sichern, damit sie nicht zur Beschwerung ihrer Höfe, oder etwa beim Trunke, durch hinterlistige Beredungen, und dergleichen, zu Bürgschaftsübernahmen veranlaßt werden sollten. Wo es aber an solchen Umständen gänzlich fehlt, da würde auch die Obrigkeit ihren Consens gar nicht haben versagen dürfen, und der Gläubiger berechtigt seyn, auf die obrigkeitliche Ge-

1) Pract. Erörter. IV. 33.

nehmigung der Bürgschaft zu klagen [2]). Die Zellische Justizcanzlei erklärte daher in mehrern vorgekommnen Fällen, und noch neuerlich, — im Februar 1821, in Sachen Wendland w. Meier, in pto. debiti ex fidejussione, die von einem Bauer übernommne Bürgschaft, an und für sich, als gültig und verbindlich, reservirte jedoch dem Beklagten den Beweis: daß er durch Hinterlist (wie er behauptete) zur Unterzeichnung der fraglichen Bürgschaftsurkunde bewogen worden sey. Auf gleiche Weise war von derselben, am 2ten Jul. 1819, in Sachen Voß c. Lümann, pto. debiti ex fideiussione, erkannt, und dies Erkenntniß vom Königl. O. A. Gerichte, unter Zurückweisung der dawider ergriffnen Querel, am 15. Apr. 1820 bestätigt.

2) Pract. Erörter. IV. 83.

XCIV. Erörterung.

Von dem Verluste der Brautschatz-Privilegien, wenn die Ehefrau durch üppiges und verschwenderisches Leben den Vermögensverfall ihres Ehemannes mit veranlaßt hat.

Durch die verschwenderische Lebensart des Ehemannes verliert die Ehefrau die Privilegien ihres Brautschatzes nicht. Sie gehen, nach römischen Rechten, selbst dadurch nicht verloren, daß sie wissentlich einen verschwenderischen und verschuldeten Ehemann heirathet [1]), oder selbst, durch eignes üppiges und verschwenderisches Leben, den Vermögensverfall desselben mit veranlaßt oder befördert hat. Aber die ehemaligen Reichsgesetze [2]), und unsere Landesgesetze [3]) nehmen im letztern Falle den Eheweibern die gemeinrechtlichen Vorzüge des inferirten Brautschatzes. Einer Ehegattin, die durch Ueppigkeit und Verschwendung ihren Gatten ruinirt, oder die wissentlich, mit Vorsatz, oder aus Leichtsinn, an der Verschwendung ihres Ehemannes thä-

1) Overbeck Medit. nro. 36.

2) von Senkenberg Samml. der Reichsabschiede Th. 4. S. 79.

3) Banqueroutier-Ordnung v. 26sten März 1726. §. 8. in Corp. Const. Calenb. Tom. 2. c. 2. p. 710. Calenb. Meierordnung §. 9.

tigen Antheil nimmt[4]), und im üppigen Wohlleben das Vermögen mit herdurchbringt, geschiehet in der That kein Unrecht, wenn sie ihrer Brautschatzvorzüge beraubt, und allen andern, oft nothleidenden, Gläubigern ihres Mannes mit ihren Dotal- und andern Forderungen nachgesetzt wird[5]). Das Königl. Oberappellationsgericht zu Zelle ließ daher, am 14ten Dec. 1820, in Sachen Schulz w. Wiegreffe, in pto. prioritatis, den Gläubigern den Beweis dahin nach: daß der Cridarius, durch üppiges und verschwenderisches Leben, oder sonst durch Verschulden seiner Ehefrau, in Vermögensverfall und Concurs gerathen sey.

4) Struben rechtl. Bedenk. B. 5. n. 77.

5) Scharlach Observ. pract. de dotis privilegio, Hannov. 1798. p. 160 seqq.

XCV. Erörterung.

Hypothek des Fiscus an den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners.

Die fast zahllosen Controversen über die Hypothek des Fiscus, wegen der Forderungen aus einem Contracte überhaupt, und in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter des Schuldners, sind bekannt. Einige Rechtslehrer halten diese Hypothek so bevorzugt, und besonders privilegirt, daß sie, im Collisionsfalle, selbst ältern privilegirten Hypotheken vorgehen müsse[1]). Andere wollen dem Fiscus an den nach dem Contract erworbenen Gütern gar kein privilegirtes Pfandrecht zugestehn, und sie erklären die L. 28. D. de iure fisci von einem speciellen Falle[2]). Diese letztere Meinung findet in dem alten, zu Verona neuerlich entdeckten, Schriftsteller de iure fisci[3]) eine bedeutende Stütze. Der alte Verfasser scheint die Materie de iure fisci vollständig abgehandelt zu haben; aber er hat eines privilegirten Pfandrechts nicht erwähnt, was er jedoch ohne Zweifel gethan haben würde, wenn dasselbe existirt hätte. Es heißt vielmehr bei demselben §. 5. bloß also: Bona eorum, qui cum fisco contrahunt . . |. velut pignoris iure fisco obligantur: non solum ea quae habent, sed ea quae postea habituri sunt. Im neuentdeckten Gajus kommt dies Pfandrecht nicht vor.

1) Schweppe Concurs, 2te Aufl. §. 70. Glück Commentar §. 1094. Gesterding Lehre vom Pfandrechte S. 243. woselbst diese Meinung geprüft ist.

2) M. s. Glück a. a. O. insonderheit S. 263 ff. des 19ten Theils.

3) von Savigny, Eichhorn und Göschen Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Th. 3. S. 150. Dies Fragmentum veteris Jcti de iure fisci ist abgedruckt hinter Gaji instit. Comment. IV. e codice rescripto Bibl. Capitularis Veronensis, nunc primum editi, Berolini 1820, p. 341. seqq.

XCVI. Erörterung.

Nullitäts-Querel in Injuriensachen der Unterthanen auf dem Lande.

Nach der Verordnung vom 17ten Sept. 1822 [1]) findet gegen die Erkenntnisse in Injurien-Sachen der Unterthanen auf dem Lande [2]), in so fern sie entweder auf eine Geldbuße von mehr als fünf Thaler, oder Gefängniß gerichtet sind, ein einfacher, binnen 14 Tagen einzuführender und zu rechtfertigender Recurs an das nächste Obergericht statt; aber wider Erkenntnisse, die allein auf Abbitte, oder Ehrenerklärung, oder sonstige Privatsatisfaction gerichtet sind, soll kein Rechtsmittel zugelassen werden. Es ward zweifelhaft gefunden, ob hierdurch auch die Nullitäts-Querel wider die letztern, und diejenigen Erkenntnisse ausgeschlossen sey, welche nur auf eine Geldbuße von 5 Rthlr., oder darunter gerichtet sind? Durch eine, an die Gerichte erlaßne, landesherrliche Decision, vom 30sten Jun. 1823, ist dieser Zweifel dahin entschieden: Gehören die gerügten Nullitäten zu den

1) Gesetz-Sammlung v. J. 1822 S. 316.

2) Die Verordnung findet also auf exemte Personen, und Bürger, in canzleisässigen Städten, keine Anwendung; wohl aber auf die Bewohner der Vorstädte, welche der Amts-Gerichtsbarkeit unterworfen sind, und unter den Wrogen- und Landgerichten stehn; wie auch vom höchsten Tribunal im J. 1798, in Sachen Butenschön w. Moses, und im Jahr 1808, in Sachen Anwaldes der Cammer ad acta Fischer w. Schmidt, in Gemäßheit der Verordnung vom 3ten Mai 1753, und in mehrern Sachen entschieden ist. von Bülow über Verf. des O. A. Gerichts Th. 2. S. 37.

sogenannten heilbaren, so sollen sie der Nullitäts-Querel, nach der Absicht des Gesetzes, welches alle ordentlichen Rechtsmittel, bei einem Gegenstande von der bemerkten Geringfügigkeit für unzulässig erklärt, keinen Eingang verschaffen; gehören sie aber zu den sogenannten unheilbaren Nichtigkeiten, d. h. wo ein wesentlicher Mangel in der Person des Richters, oder der Partheien, oder in der Verfahrungsart*) dergestalt nachzuweisen ist, daß entweder ein völlig unbefugter Richter erkannt hat, oder die gesetzliche Legitimation der Partheien ermangelt, oder bei dem Verfahren die wesentlichen processualischen Vorschriften aus den Augen gesetzt sind, so soll eine solche, den Namen eines richterlichen Erkenntnisses gar nicht verdienende, Procedur mit der Nullitätskage allerdings angefochten werden können[3]). Dieser Unterschied soll beobachtet werden, wenn es auf die Zurückweisung, oder Zulassung der Nullitäts-Querel ankommt. Uebrigens sind beide Verordnungen nicht auf Schlägereien und Injurien zu ziehen, bei welchen körperliche Verletzungen vorkommen, die offenbar in die Criminalität einschlagen.

*) Wenn es z. B. der Injurienklage an allem rechtlichen Grunde ermangelte. Pract. Erörter. III. 12.

3) Nach der Absicht und dem Zwecke der Verordnung scheint, auch die Nullitätsbeschwerde, binnen 14 Tagen eingeführt und deducirt werden zu müssen.

XCVII. Erörter.

XCVII. Erörterung.

Von bedingten und eventuellen Cessionen der, zur Caution gestellten Schuld- und Pfandverschreibungen.

Rechnungsbeamte, Vormünder, Curatoren und Administratoren pflegen nicht selten zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten, und zur Sicherheit wegen künftig etwa entstehender Rechnungsreste, ihre eignen, oder ihrer Caventen Schuld- und Pfandverschreibungen, als Caution, bei den öffentlichen Behörden, oder den Privatrechnungsherrn einzureichen und niederzulegen. Dadurch werden sie indeß nicht immer gegen Verluste gesichert. Entstehet über des Rechnungsführers, oder dessen Caventen Vermögen Concurs, so werden die zur Caution eingelieferten Schuldbriefe als bloße Faustpfänder betrachtet, welche, nach der Praxis der Landesgerichte, herausgegeben werden müssen, wenn unbefriedigte Gläubiger vorhanden sind, die vor dem Pfandinhaber ein Vorzugs- oder nur älteres Hypothekenrecht besitzen[1]). Zur Sicherheit der öffentlichen oder privat Rechnungsbehörde ist es daher rathsam, sich die zur Caution gesetzten Obligationen, auf den Fall eines etwa entstehenden Rechnungsdefectes, von dem Eigenthümer derselben, zum Belaufe des demnächst sich ergebenden Rechnungsrestes, förmlich abtreten, und sich dabei zugleich, auf solchen Fall, das Kündigungsrecht ausdrücklich versprechen zu lassen.

Jedem Vertrage kann eine suspensive Bedingung hinzugefügt[2]), und für eine bedingte, oder zukünftige

1) Oesterley Handb. des Processes für das Königreich Hannover Th. 2. S. 552. no. 108 d. Bs.

2) Glück im Commentar §. 337 c. Thibaut Pandectenr. §. 121 ff.

Schuld ein Pfandrecht[3]) bestellt werden. Ohne Zweifel ist daher auch eine eventuelle, von der Existenz einer Bedingung abhängige Cession rechtsgültig*), die denn, existente conditione, purificirt und auf den Zeitpunct des eingegangenen Cessionsgeschäftes zurückgerechnet wird[4]). Denn es liegt hierbei allemal, der Regel nach, in der Absicht und dem Willen der Contrahenten, daß sie gleich Anfangs, und auf den Fall eines entstehenden Rechnungsrestes, also eines künftigen ungewissen Ereignisses, berechtigt und verpflichtet seyn, und es so angesehn wissen wollen, als ob die Cession gleich im Anfange unbedingt geschehen, und das Eigenthum der Forderung auf den Cessionar übertragen wäre. Da nun ein Cessionar wegen einer, in gutem Glauben und ohne Beeinträchtigungsabsicht, ihm abgetretenen Forderung, von dem bevorzugten, oder ältern Gläubigern seines Cedenten nicht in Anspruch genommen werden kann[5]); so findet unstreitig die Rechnungsbehörde, in einer solchen bedingten, und eventuellen Cession eine größere Sicherheit, als wenn derselben die Obligationen, als Cautionsmittel, bloß eingehändigt werden; weil sie hierdurch kein Eigenthum, sondern nur ein simples Pfandrecht an denselben erlangt[6]).

3) M. s. vorzüglich Gesterding Lehre vom Pfandrechte S. 8. ff.

*) L. 17. 19. D. de hered. vel act. vendit. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 41. 50 ff.

4) L. 11. §. 1. D. quipotiores in pign. a Pufendorf Animadv. 100. Glück a. a. O. §. 337. d. Gesterding a. a. O.

5) Pract. Erörter. VI. 98.

6) Schweppe Concurs der Gläubiger 2te Aufl. §. 47.

XCVIII. Erörterung.

Subrepartition der Reuterbequartirung auf dem platten Lande.

Nach der Verordnung vom 6ten Octob. 1755 [1]) ist, aus Rücksichten des öffentlichen Wohls, der Fuß der Contribution, als Maßstab der Subrepartition der ordinairen Bequartirung der Cavallerie auf dem platten Lande, allgemein festgesetzt und angeordnet. Dieses Gesetz ist präceptiv und prohibitiv, mithin kann kein anderer Subrepartitions-Maßstab, z. B. nach der Qualität, oder den Benennungen der Höfe [2]), dagegen allegirt werden, wenn derselbe nicht durch den Beweis einer, per tempus immemoriale, gleichmäßig also beobachteten Observanz, herzustellen steht. Zum Beweise eines solchen unvordenklichen Herkommens, und einer seit unvordenklicher Zeit bestandenen Observanz, qualificiren sich indeß die Depositionen solcher Zeugen nicht, welche zur Zeit ihrer Vernehmung das 50 Jahr ihres Alters noch nicht erreicht haben. Hiernach ist vom höchsten Tribunale, am 28sten Mai 1821, geurtheilt in Sachen Tegtbühring zu Gr. Oesingen, wider Müller daselbst, wegen Repartition der Einquartierung.

1) In Spangenberg Samml. der Verordnungen Th. 1. S. 497.

2) Vollhöfner, Halbhöfner, Köthner, Brinksitzer u. s. w. M. s. Pract. Erörter. II. 39.

XCIX. Erörterung.

Die Vorschrift des 165 Art. der peinl. Gerichtsordnung findet auf Stiefverwandte keine Anwendung.

Bekanntlich gestattet die peinl. Ger. Ordnung[1]) keine Untersuchung von Amtswegen, und sie mildert die Strafe des Diebstahls, wenn Ehegatten[2]), Blutsverwandten, oder andere Personen, welche die nächste Anwartschaft auf das Vermögen des Bestohlnen haben, einander Etwas heimlich, aus Leichtfertigkeit, oder Unverstand, entwenden[3]). Die gelindere und mildere

1) Art. 165. Neues Archiv des Criminalrechts B. 6. St. 2. S. 264.

2) Der Grund liegt in dem alten Agnations- und Consanguinitätsverhältniß, und dem darin begründeten Erbrechte. Die Frau succedirte, vermöge des alten röm. Rechts, als consanguinea, falls confarreatio, oder conventio in manum statt fand, und die eheliche Gemeinschaft gab den Eheleuten auf ihr gegenseitiges Vermögen eine Art von Eigenthumsrecht. L. 1. 2. D. de act. rerum amotarum. Daher erstreckte sich auch die Milde des Gesetzes nicht auf die Concubinen. L. 17. D. eod. Diese Folgen blieben bestehen, als confarreatio, et conventio in manum, längst in Abgang gekommen waren.

3) Tittmann Handb. der Strafr. Wissenschaft §. 470. Salchow Entw. des Verbrechens der Entwendung §. 23. Quistorp Beitr. zur Erläut. verschiedener Rechtsmaterien n. 31.

Bestrafung eines solchen Diebes fällt aber hinweg, und es tritt die ordentliche Strafe des Diebstahls ein, wenn derselbe mit Gefährlichkeit und Frechheit, Einsteigen, oder Erbrechen, verübt, oder von Stiefverwandten begangen ist. Zwischen den letztern hat kein Consanguinitäts-, ja nicht einmal ein Cognations-, sondern nur ein Affinitätsverhältniß statt, welches zu keinem präsumtiven Erbrechte berechtigt, oder die nächste Anwartschaft auf das Vermögen des Bestohlnen ertheilt. Die Ehefrau des Vollhöfners Meier zu Süttorf hatte, gemeinschaftlich mit dem Dienstknecht Minnrich, eine bedeutende Quantität Leinwand, welche ihren Stieftöchtern eigenthümlich gehörte, mittelst mehrmaliger Erbrechung eines Schrankes, entwendet. Mittelst Erkenntnisses der Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle, vom 12ten Mai 1821, ward sie zu einer dreimonatlichen Zuchthausstrafe verurtheilt.

C. Erörterung.

Qualificirtes Geständniß.

Es ist eine bekannte processualische Streitfrage: ob ein qualificirtes Geständniß, wodurch eine Thatsache zwar für wahr und richtig angenommen; derselben aber eine Beschränkung, oder ein anderes Verhältniß der Sache hinzugefügt wird, sich theilen lasse, oder nicht[1])? Die Königl. Justizcanzlei zu Zelle folgte bei deren Bestimmung und Entscheidung der von Weber[2]) aufgestellten Theorie, und erkannte nach derselben am 22sten Jun. 1821, in Sachen Münstermann w. Krüger, wegen Contractserfüllung, auf folgende Weise: Wenn nun der Kläger seinen Klaggrund darin gesetzt hat, daß ihm der Beklagte, um Pfingsten 1820, seine zu Hasenburg stehende Heerde Hammel, welche damals aus 203 Stücken bestanden, und zwar zu dem Preise von 3 Rthlr. 6 mgr. Convent. Münze für das Stück, abgekauft; Beklagter dagegen dieses fundamentum agendi, und namentlich, daß solcher Handel sich auf die ganze Heerde erstreckt, geleugnet und dagegen behauptet hat, daß der Kaufcontract nur diejenigen Hammel betroffen, welche aus dieser Anzahl bis spätestens Martini desselben

1) Gönner Handb. des Processes IV. 44. Martin Lehrb. des Processes §. 123 a. Archiv für die civilistische Praxis B. 4. S. 23 ff.

2) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 321 ff.

Jahrs fett geworden seyn würden; bei dem Daseyn eines solchen bedingt geschehenen Geständnisses aber der Kläger mit dem Beweise des unbedingt geschloßnen Contracts zu verschonen, und vielmehr der Beweis, der in angegebener Maße dem Handel zugefügten Bedingung, dem Beklagten aufzuerlegen war, und deßhalb rescriptum erkannt ist, so habt ihr — dem Kläger den Beweis seines Klaggrundes dahin aufzulegen: gestalten ihm der Beklagte zu Pfingsten v. J. seine zu Hasenburg damals befindlich gewesene und aus 203 Stück bestandene Heerde im Ganzen abgekauft, und daß für jedes Stück derselben 3 Rthlr. 6 mgr. am Kaufpreise stipulirt sey; dem Beklagten aber den Gegenbeweis im Allgemeinen und auch specialiter dahin vorzubehalten: gestalten der fragliche Handel nur diejenigen Hammel betroffen, welche aus der Heerde bis spätestens Martini dess. Jahrs fett geworden seyn würden, und er nur für das solchergestalt fett gewordene Stück den angegebenen Kaufpreis zu 3 Rthlr. 6 mgr. versprochen habe u. s. w. [3])

3) M. s. auch Münter Erfahrungen rc. B. 1. n. 12.

CI. Erörterung.

Ueber die gesetzliche Regel: testes et documenta per productionem fiunt communia.

Nach dem gesetzlichen Axiom: testes et documenta per productionem fiunt communia, muß der Pro- oder Reproducent es sich gefallen lassen, wenn der Pro- oder Reproduct die Aussagen der Zeugen, oder den Inhalt der Documente zu seinem Be- oder Gegenbeweise, mithin zu seinem Vortheile gebraucht[1]) Aber dieser Grundsatz ist doch nur auf die Puncte zu beschränken, über welche der Be- oder Gegenbeweis förmlich angetreten ist, und nicht auf solche zu erweitern, die von dem Beweisführer, wenn ihm die Probation über mehrere relevante Thatsachen präjudiciell nachgelassen war, übergangen; mithin von ihm zum Beweise nicht mit aufgenommen und verstellt sind. Denn mit dem Ablaufe des Beweistermins sind der Regel nach alle verschiedenen und alternativen Beweissätze, worüber bis dahin kein Beweis angetreten ist, von selbst erloschen und desert geworden, und nur durch die Restitution, in Fällen wo sie statthaft ist, kann dem Beweisführer geholfen werden[2]). Wenn daher z. B. ein, an keinem sichtbaren Fehler laborirendes Privattestament,

1) Gönner Handb. B. 2. n. 29. §. 8. Martin Proceß §. 176.

2) Pract. Erörter. III. 78. VI. 36.

testament, wegen angeblich mangelnder Solennitäten oder Mängel, in den materiellen oder formellen Erfordernissen eines gültigen Testaments, vom Kläger angefochten, und der Be- und Gegenbeweis über alle gerügten Fehler eröffnet; der Beweis aber demnächst vom Kläger nur über den einen oder andern der gerügten Mängel, mit Uebergehung der übrigen, angetreten, und darüber der Beweis gänzlich verfehlt wird; in den Depositionen der Gegenbeweiszeugen indeß, über die Artikel und Fragstücke[3]), Eins und das Andere vorkommt, was hinsichtlich der Mängel, worüber der Beweis gar nicht angetreten ist, dem Kläger und Beweisführer, zur Erreichung seiner Intention, vortheilhaft seyn möchte; so kann darauf keine rechtliche Rücksicht genommen werden, weil dem Kläger immer, außer der Präclusion und Desertion des Beweises, auch noch die Regel: actore non probante, reus absolvitur[4]), entgegen stehn würde. Die Zellische Justiz-

3) Nach der O. A. G. Ordn. Th. 2. Tit. 8. Sect. 1. §. 9. u. 13. sollen die Fragstücke bloß und allein auf die Wissenschaft des Zeugen über die Umstände des im Artikel enthaltenen facti, worüber gezeugt — Be- oder Gegenbeweis geführt — wird, und zu dessen Aufklärung, Erläuterung und Deutlichmachung dient, gerichtet; aber Alles, was zur Hauptsache selbst — zum Be- oder Gegenbeweise — gehört, in dieselben nicht aufgenommen, und verworfen werden. Alle Fragstücke müssen daher rejicirt werden, welche bei dem Beweise, auf den Gegenbeweis, und bei Letzterm auf den Beweissatz gehn und gerichtet sind. Der Richter hat bei der Prüfung der Interrogatorien hierauf um so sorgfältiger zu achten, und keine, die auf den Be- oder Gegenbeweissatz — die Hauptsache selbst — hinausgehn, zu admittiren; weil der Gegner, über die eingereichten Fragstücke, gar nicht gehört wird, und also keine Gelegenheit hat, sich gegen deren Unzulässigkeit zu vertheidigen. O. A. G. Ordn. a. a. O. §. 9. u. f. Martin Proc. §. 187. Bei der Definitiventscheidung sind daher, der Strenge nach, die elogia testium, auf dergleichen unzulässig und verwerflich gewesene Interrogatorien, gar nicht zu attendiren.

4) L. 32. C. de probat.

canzlei sprach hiernach, im Jahr 1821, in Sachen Heger w. Mentzer, in pto hereditatis, also: Demnach es nun gegenwärtig lediglich und allein darauf ankommt, in wie fern Producentin diejenigen angeblichen Mängel des fraglichen Testaments, in deren Hinsicht sie den Beweis wirklich angetreten, durch Führung desselben, dargethan hat; wogegen auf alle die übrigen Mängel, die sie früher gerügt, aber keinen Beweis darüber angetreten hat, keine weitere rechtliche Rücksicht genommen werden kann; Und dann der von ihr unternommne Beweis, der Unächtheit der Unterschrift der Testatricin, so wie einiger der Testamentszeugen, für gänzlich verfehlt, und durch den Gegenbeweis nothdürftig für elidirt zu achten; die auf den Mangel des freien Willens der Testatricin gerichtete Eidesdelation aber bereits rechtskräftig verworfen ist; Producentin auch keineswegs für befugt erachtet werden mag, in Hinsicht der übrigen, von ihr zwar früher gerügten, aber von ihr, durch Beweisantretung, nicht zum Beweise verstellten Testamentsmängel, einige, ihrer Intention vortheilhafte, Stellen der Aussagen der Gegenbeweiszeugen, auf die von ihr zu den Gegenbeweisartikeln gestellten Fragstücke, für sich anzuziehen und, nach Ablauf der Beweisfrist, einen neuen Beweis darüber anzutreten und zu führen; so wird nunmehro das Erkenntniß vom 20sten Oct. 1817 dahin purificirt, daß Klägerin und Producentin mit ihren, an den fraglichen Nachlaß, gemachten Ansprüchen abzuweisen, und in die Kosten zu condemniren sey[5]).

5) Ueber die Frage: Ob der Beweisführer, wenn er den Beweis eines einzelnen Klaggrundes, unter mehrern, angetreten und denselben nicht geführt hat, von den aus dem Gegenbeweise erhellenden Thatsachen Gebrauch machen kann, um dessen ungeachtet, die Klage zu begründen? s. m. Spangenberg schätzbaren Aufsatz, in von Löhr, Mittermaier und Thibaut Archive für die civilistische Praxis B. 5. S. 415 ff.

CII. Erörterung.

Von der actione subsidiaria de Magistratibus conveniendis, oder tutelae utilis.

Daß die Obrigkeit, welche es mit Absicht[1]), oder aus Nachlässigkeit und Versäumniß[2]) unterläßt, den unmündigen oder minderjährigen Kindern, die ihrer Gerichtsbarkeit unmittelbar unterworfen sind, tüchtige Vormünder zu bestellen, Caution, Inventarium, Rechnungsablage u. s. w. von denselben zu fordern und einzunehmen, in subsidium mit der act. tutelae utilis, oder de Magistratibus conveniendis, auf Ersatz des, durch ihr Verschulden, den Pflegbefohlnen verursachten, wirklichen und erweißlichen Schadens, in Anspruch genommen werden kann, ist an sich[3]), und nach der beständigen Praxis der hiesigen Landesobergerichte, völlig zweifellos. Nach dem

1) In einem solchen Falle würde die Syndicatsklage statt finden. O. A. G. Ordn. Th. 2. Tit. 17. Verordn. v. 13ten Jun. 1729 u. 29sten Sept. 1741.

2) Der Richter haftet, wegen seines Amtes, auch pro culpa levi. Pract. Erörter. III. 41. Da dasselbe nicht auf die Erben übergehet, so sind sie auch nur ob culpam latam des Erblassers verantwortlich. L. 4. 6. D. de magistr. conv. Cocceji iur. Contr. Lib. 27. tit. 8. q. 2.

3) Kind Qu. forens. Tom. 1. n. 14. Gebauer de act. tutelae adv. Magistr. in Opusc. n. 8. Höpfner Comment. §. 237.

römischen Rechte trat zwar diese Verbindlichkeit des Magistrats erst dann ein, wenn derselbe zur Vormundschaftsbestellung speciell aufgefordert, oder angewiesen war, und sie dennoch unterlassen hatte[4]). Aber die römische Einrichtung, hinsichtlich der Bestellung der Vormünder, ist nicht die unserige[5]). Nach den Gesetzen des vormaligen deutschen Reichs, und unsern Provinzialrechten[6]) müssen die Obrigkeiten, welchen vom Staate die Fürsorge für Pupillen und Minderjährige allgemein übertragen ist, von Amts wegen, mithin auch ohne specielle Aufforderung, oder Anweisung, die zu ihrer Competenz gehörenden Vormundschaften anordnen, und die übrigen dabei bestimmten gesetzlichen Vorschriften genau beobachten und befolgen. So bald daher die competente Obrigkeit, auf irgend eine Art, von dem eingetretenen Bevormundungsfalle in Kenntniß gesetzt ist, muß man sie für admonirt, und zur Verrichtung ihres Amts aufgefordert ansehn. Aber in großen Aemtern, und ausgedehnten Gerichtsbezirken kann es sich gar wohl ereignen[7]), daß ein Vormundschaftsfall verschwiegen bleibt, und der Obrigkeit weder durch die Verwandten der Unmündigen und Minorennen, noch durch den Prediger, Ortsvorsteher, Bauermeister u. s. w. angezeigt wird[8]). Es würde aber zu viel

4) L. 1. §. 6. D. de Magistr. conv. Dieser Meinung ist auch Leyser Sp. 343. m. 7.

5) Schweppe röm. Privatr. §. 757.

6) Verordn. vom 16ten August 1692, und 1sten Mai 1801.

7) Leyser l. c.

8) In der Verordnung vom 16ten Aug. 1692 sind die Aemter und Untergerichte angewiesen, der Justiz-Canzlei berichtlich anzuzeigen, wenn Canzleisässige Personen in ihrem Gerichtssprengel eines Vormundes

erwartet seyn, wenn man von dem Richter verlangen wollte, daß er mit den Familienverhältnissen, Sterbefällen u. s. w. aller Gerichtseingeseßnen persönlich bekannt seyn sollte. Leugnet daher der Richter, oder dessen Erben, daß ihm der Bevormundungsfall, auf irgend eine Weise, zur Kenntniß gekommen sey, so muß der Kläger diesen Umstand, der zum Fundamente der erhobenen subsidiarischen Entschädigungsklage gehört, — welche allezeit ein imputables Verschulden des Richters voraussetzt[9]) — um so mehr erweisen, als für jede Obrigkeit die Vermuthung der Legalität und Dexterität streitet, und weder die Natur der Sache, noch ein Gesetz die Präsumtion feststellt, daß dieselbe jeden, zu ihrer Competenz gehörenden, Bevormundungsfall ipso iure et facto gewußt haben müsse[10]). Nach diesen Ansichten urtheilte die K. Justiz-Canzlei zu Zelle, im Jahre 1821, in Sachen Fine w. von Schrader, wegen Entschädigung, auf nachstehende Weise: Wenn gleich nach ausdrücklicher Vorschrift unserer Landesgesetze die Gerichte, welche sich der Vormundschaftssachen in ihren Gerichtsbezirken verfassungsmäßig anzunehmen haben, schon von Amtswegen und ohne besondere Aufforderung vollkommen verpflichtet sind, für die Bevormundung der Pupillen und Minderjährigen, so wie für die Inventarisation und gehörige Administration ihres Vermögens Sorge zu tragen, und diejenige Obrigkeit, welche ihren deßfallsigen Obliegenheiten nicht nachkommt, und insbesondere die Bestellung einer Vormundschaft in den zu ihrer Competenz gehörenden, und zu ihrer Wissenschaft gekommnen Fällen, verabsäumt, zur Erstattung aller

bedürfen. Gegenwärtig muß diese Anzeige bei den angeordneten Pupillen-Collegien geschehen. Verordnung vom 30sten April 1823. § 9.

9) Schmidt von Klagen §. 1127 ff.

10) Gebauer l. c. cap. 2. §. 5.

daraus erwachsenen Schäden allerdings verpflichtet ist; Nachdem jedoch der factische Inhalt der Klage noch zur Zeit nicht vollständig erwiesen, und insonderheit aus den Acten nicht ersichtlich ist, daß das im Jahre 1790 erfolgte Ableben des Fine zu Schwarmstedt, dem Erblasser der Beklagten, weil. Oberhauptmann von Schrader zu Essel, entweder durch eine Anzeige der Angehörigen des Klägers, oder durch die betreffenden Amtsunterbedienten oder sonst auf andere Weise überhaupt zur Wissenschaft gekommen sey; gleichwohl aber demselben nur in dem Falle, wenn er, ungeachtet ihm das mit Hinterlassung minderjähriger Kinder erfolgte Ableben des gedachten Fine bekannt geworden, die Bestellung einer Vormundschaft verabsäumt haben sollte, ein die Verbindlichkeit zum Schadensersatz nach sich ziehendes, Versehn zu imputiren seyn würde; Dann aber den Beklagten die Vermuthung zur Seite steht, daß ihr verstorbener Erblasser seine beschwornen Dienstpflichten, weder wissentlich noch absichtlich verletzt, mithin von dem befraglichen Bevormundungsfalle, wenigstens vor eingetretener Majorennität des Klägers, keine Kenntniß gehabt habe; so hat derselbe — den zur Begründung seiner Klage erforderlichen Thatumstand zu erweisen: gestalten das, mit Hinterlassung minderjähriger Kinder, im J. 1790 erfolgte Absterben des Fine, dem Erblasser der Beklagten wirklich zur Kenntniß und Wissenschaft gekommen sey, worauf sodann weiter ergehet w. R.

CIII. Erörterung.

Militairpersonen dürfen, ohne Dispensation, keine Vormundschaft übernehmen.

Nach den Vorschriften des gemeinen Rechts [1]) dürfen Militairpersonen, aller Grade und Waffengattungen, welche im activen Dienste die Waffen tragen, oder dazu jeder Zeit aufgerufen werden können — auf Wartegeld stehen — ihres Berufs wegen, keine Vormundschaften übernehmen, wenn sie gleich dazu bereit seyn sollten. Bei der Allgemeinheit dieses gesetzlichen Verbotes sind auch die unmündigen oder minorennen Kinder der Cameraden [2]), oder nächsten Verwandten davon nicht auszunehmen. Aber auf förmlich entlassene Officiere und Soldaten, auf Auditeure, Militair-Aerzte und Wundärzte, Commissariatbedienten u. dergl. erstreckt sich das Verbot nicht. In unsern Landesgerichten wird auch hierunter das gemeine Recht befolgt [3]), und daher keine, im wirklichen Kriegsdienst stehende, und Waffen tragende Militairperson, ohne landesherrliche Dispensation, und Einwilligung ihrer Vorgesetzten, des General-Commandos, zur Uebernahme einer Vormundschaft gelassen. Hiernach hat die Zellische Justizcanzlei, im Jahr 1799, bei Anordnung der Vormundschaft über weil. Oberhauptmanns von Alten, und im Jahr 1821, über des weil. Oberstlieut. von Gruben Kinder, geurtheilt und verfügt.

1) L. 4. C. qui dari tut. vel cur. poss. Dec. Cassel. III. 246. Hofacker princ. iur. nom. §. 627.

2) A. M. ist Thibaut Pandectenr. §. 501.

3) a Pufendorf III. 183.

CIV. Erörterung.

Ein hypothecarischer Gläubiger ist zu keinem Nachlasse an seiner Forderung verbunden.

Kein Pfandgläubiger kann gezwungen werden einen Theil seiner Forderung nachzulassen[1]), und mithin ist auch der Richter nicht befugt, den hypothecarischen Gläubiger unter irgend einem, dahin zweckenden Präjudiz, durch öffentliche oder Privatcitation, zu verabladen. Niemand kann zu einer Schenkung, wider Willen, angehalten werden, und jeder, auch der richterliche Zwang ist der Natur der Verträge zuwider[2]). Nur bei den bloß chirographarischen Gläubigern kann ein nothwendiger Nachlaß, aus besondern Gründen, existiren[3]). Es ward daher vom höchsten Tribunale in Sachen Grote w. Oven, erkannt: Da bei der anscheinenden Zahlungsfähigkeit der Schuldner von einem nothwen-

1) L. 10. D. de pactis. Schweppe System des Concurses der Gläubiger. 2te Ausg. §. 21.

2) Anders verhält es sich mit der bloßen Nachsicht und Stundung, die zuweilen erzwungen werden kann. Dabelow Concurs S. 157. Pract. Erörter. I. 63.

3) M. s. überhaupt Schweppe a. a. O. §. 19. 20. und Dabelow a. a. O. S. 560 ff.

nothwendigen Nachlaßvertrage die Rede überall nicht seyn kann; Appellant auch durch die Beschlüsse der übrigen Gläubiger um so weniger gebunden werden mögen, als nach der Vorschrift der Gesetze, die Majorität der Gläubiger bei dem Erlasse eines Theils ihrer Forderungen, für die übrigen dissentirenden hypothecarischen Gläubiger keine verbindende Kraft hat, solchemnach also auch das in der Edictalcitation ausgedrückte praeiudicium dem Appellanten keineswegs entgegenstehet; so ist den Rechten gemäß gesprochen, mithin kein gravamen, am wenigsten aber eine Nullität, zu befinden.

CV. Erörterung.

Von dem Absonderungsrechte der Handelsgläubiger eines Kaufmanns, welcher verschiedene Handlungen separat betrieben hat.

Zu den Gläubigern, welche das Vorrecht genießen, aus einem besondern Theile des Vermögens eines Gemeinschuldners allein, und vor andern Creditoren desselben, befriedigt zu werden, gehören auch die Gläubiger eines Kaufmanns, vermöge einer in Praxi angenommnen Ausdehnung der tributorischen Klage[1]), welcher mehrere Handlungen — Läden, Buden, Tabernen — gehabt hat, und in Concurs gerathen ist[2]). Sie können verlangen, aus dem Waarenlager der Handlung, vor allen übrigen privilegirten, und ältern Gläubigern des Cridar befriedigt zu werden, welchem sie besondern Credit gegeben haben. Zur Wirksamkeit dieses Quasi-Separationsrechts wird indeß erfordert:

1) daß der fallirende Kaufmann zwei oder mehr von einander separirte Handlungen, tabernas mercatorias,

1) L. 5. §. 15 u. 16. D. de tribut. Act. Schweppe System des Concurses S. 198. Glück Commentar Th. 14. S. 276 f. Dabelow Concurs S. 347 f. Schmidt von Separatisten Th. 2. §. 35.

2) Von der vorsichtigen Anwendung dieses Quasi-Separationsrechts s. m. Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. n. 108.

wirklich gehabt, und für eigne Rechnung betrieben hat. Ob die verschiedenen, von einander getrennten Handlungen, oder Waarenlager, an einem und demselben Orte, oder auf verschiedenen Plätzen betrieben wurden, ist gleichgültig. Erwirbt der Kaufmann zu seiner eignen, noch eine andere Handlung, z. B. durch Erbschaft, Schenkung, Ankauf u. s. w. und er fallirt, ehe er sie, von seiner eignen Handlung separirt, fortgesetzt hat; oder es sind Gläubiger der einen oder der andern Handlung vorhanden, die Forderungen hatten, ehe beide in die Hand eines Handelsherrn kamen, und getrennt von ihm fortgesetzt wurden, so findet das Separationsrecht keine Anwendung; weil man hier den Grund des Gesetzes nicht annehmen kann, daß die Gläubiger dem Waarenlager mehr, als dem Schuldner getrauet hätten;

2) daß bei dem Ausbruche des Fallissements die verschiedenen Handelsbuden, mit ihren Handelsartikeln annoch getrennt existiren; mithin nicht vorhin schon in eine verschmolzen und combinirt, oder veräußert und einem dritten; cum activis et passivis, abgetreten sind;

3) daß der, die Separation fordernde Gläubiger der einem, oder der andern Waarenhandlung, entweder ausdrücklich, oder stillschweigend Credit gegeben hat [3]);

4) daß, wie sich von selbst verstehet, noch Handelsgüter und Waaren in den Tabernen, bei dem Ausbruche des Concurses existiren, aus welchen eine besondere Absonderungs-Masse gebildet, und die Befriedigung beschafft werden kann. Endlich sind

5) Object der Absonderung bloß die, in den getrennten Handlungen, vorgefundenen Waaren und Handlungs-

3) Dabelow a. a. O. S. 348.

artikel, und die dafür in den Handelsbüchern etwa noch offen stehenden Activreste oder sogenannten Buchschulden[4]). Auf die Immobilien des Falliten, dessen Bibliothek, Kupferstich- und Gemählde-Sammlungen, Capitalien; Waaren die erweislich mit Geldern, die von dritten Personen angeliehen wurden[5]), angekauft sind, um das Lager wieder anzufüllen u. dergl. erstreckt sich dieses beneficium separationis nicht. Alle obigen Voraussetzungen scheinen den Gesetzen, der Natur der Sache, und den Bestimmungen der tributarischen Klage völlig zu entsprechen, und die Zellische Justiz-Canzlei sprach, in deren Gemäßheit, am 29sten Jan. 1822 in Sachen der Kaufleute Peter Thee und Söhne zu Lübeck, wider den Heitmannschen Curat. bonor. et ad lites, Adv. Wallis zu Lüneburg, in pto debiti et separationis, auf nachstehende Weise: Alldieweil so viel das von den Appellanten, als Handlungsgläubigern, in Anspruch genommne beneficium Separationis betrift, die Forderung derselben aus einer Zeit herrührt, wo die Jührsche Handlung in Zelle noch nicht vom cridario Heitmann besessen war, und sie selbst zugestehn, daß selbige von letzterm nicht fortgesetzt, sondern an einen Dritten veräußert sey; auch das gedachte beneficium sich nur auf Gegenstände der Handlung selbst beziehet, und nicht auf andere, vom Schuldner sonst besessene Sachen erstreckt; endlich das Jührsche Vermögen unlängst verkauft ist; so wird die Sententia a qua des Magistrats zu Lüneburg lediglich bestätigt u. s. w.

4) L. 5. §. 2. D. de tribut. Act.

5) Glück a. a. O. S. 278.

CVI. Erörterung.

Feuerschäden, welche aus Kriegsraison entstanden sind, und deren Vergütung aus Brandversicherungs-Anstalten.

Daß bei Versicherungen gegen Brandschäden auf die Art und Weise, wodurch das Feuer aufgegangen ist, wenn die Brandassecurationsverordnungen, oder Privatversicherungs-Vereine und Reglements keine besondere Bestimmungen darüber enthalten, nichts ankommen kann; mithin unter den Brandschäden alle Feuersbrünste begriffen werden müssen, die aus Bosheit, Sorglosigkeit, Nachlässigkeit, und nicht selten vorkommende Naturbegebenheiten, z. B. den zündenden Blitzstrahl [1]), oder in Kriegszeiten, durch Muthwillen, Fahrlässigkeit u. s. w. des befreundeten, oder feindlichen Militairs entstanden sind, versteht sich ganz von selbst. Zweifelhaft ist es hingegen, ob die Brandversicherungsgesellschaft auch solche Feuerschäden zu ersetzen verbunden ist, wenn Gebäude auf förmliche Ordre des commandirenden Befehlshabers, mithin vorsätzlich und aus Kriegsraison, oder als eine unmittelbare Folge der Kriegsoperationen, und nach dem Kriegsgebrauche, ein Raub der Flammen geworden sind. Dergleichen Feuersbrünste gehören zwar eigentlich in die Kathegorie wahrer Kriegsschäden, nach deren Grundsätzen sie zu beurtheilen seyn würden [2]); wenn aber die öffentlichen Feuerversicherungsgesetze, oder Privatvereine, gegen Feuersnoth, ganz allgemein und ohne Ausnahme [3]) die Brandschäden garantiren, und die

1) Ohne wirkliches Feuer findet überall keine Vergütung statt, z. B. bei Beschädigungen an Gebäuden durch so genannte kalte Gewitterschläge.

2) Bodmann von Kriegsschäden S. 52. 128. u. 261 ff.

3) Nach dem §. 31. der Calenberg. Brandassecurations-Verordnung,

Feuerversicherungsanstalt sich über die ganze Provinz erstreckt, in welcher der Feind[4]) aus Kriegsraison, die Gebäude abbrennen ließ, so müssen dergleichen Brandschäden von der Brandcasse, zwar nicht nach dem taxirten wahren und vollen Werthe der Gebäude, aber doch nach der Assecuranzsumme vergütet werden, wenn der Frieden[5]) — was leider selten der Fall ist! — keine Entschädigung dafür hoffen läßt.

Als am Ende des Jahrs 1757 die alliirte Armee, unter dem Oberbefehl des Herzogs Ferdinand von Braunschweig, über Lüneburg und Uelzen, bis vor die Thore von Zelle rückte, ließ der Marschall von Richelieu, zur Deckung seines in der Stadt befindlichen Hauptquartiers, und des Rückzugs seiner Armee,

vom 20sten Mai 1803, soll die Assecuranzvergütung bei jedem Feuerschaden erfolgen.

4) Von dem Fällen, wo durch die eignen oder alliirten Truppen dergleichen Schäden entstanden sind, Struben rechtl. Bedenk. IV. 148. v. Ramdohr. Erfahrungen Th. 3. S. 597.

5) In Gemäßheit der Pariser Friedensschlüsse, vom 30sten Mai 1814, 20sten Nov. 1815 Art. 9. und der Additionellen Convention, von demselben Tage, Art. 2. n. 9. erhielten die Eigenthümer der Gebäude, welche während der Belagerung von Hamburg, 1813 u. 1814. auf Befehl des Marschalls Davoust im Amte Harburg, auf der Insel Wilhelmsburg, und im Gerichte Neuhof niedergebrannt waren, vom französischen Gouvernement eine Entschädigung, welche der Brandassecurationssumme wenigstens gleich kam. Daher wurden die Beschädigten, welche von dem Brandassecurations-Vereine weitere Entschädigung verlangten, mittelst Erkenntnisses der Zellischen Justizcanzlei vom 8ten Januar 1822, in Sachen der Nichtabgebrannten auf der Insel Wilhelmsburg w. die abgebrannten Eingesessenen daselbst, in pto Brandgelder-Beiträge, mit ihrer Klage abgewiesen und dieses Erkenntniß vom höchsten Tribunal 27ten Jun. 1823 bestätigt.

die Vorstadt, Fritzenwiese genannt, mehrere Häuser vor dem Hehlenthore, und 53 auf der Aller liegende beladene Schiffe anzünden und niederbrennen, wodurch auch verschiedene an der Aller liegende Kaufmannspackhäuser, oder Speicher, ein Raub der Flammen wurden. Die abgebrannten Häusereigenthümer forderten Ersatz des dadurch erlittenen Feuerschadens, in Gemäßheit der allgemein lautenden Verordnung, vom 20sten Nov. 1752, die Brandassecuration im Fürstenthum Lüneburg betreffend, von der Brandassecurations-Societät, und nahmen das die Brandcasse verwaltende Lüneburgsche Land- und Schatzraths-Collegium des Endes in gerichtlichen Anspruch. Die Zellische Justizcanzlei condemnirte, mittelst Erkenntnisses vom 23sten Jul. 1760, in Sachen der Wittwe Vasol und Consorten w. gedachtes Collegium, die Brandcasse zur Zahlung der Versicherungssumme, und das höchste Tribunal bestätigte dasselbe am 8ten Dec. 1761 dahin: Nachdem in der am 20sten Nov. 1752 emanirten Verordnung deutlich versehen, daß alle Schäden, welche durch Brand geschehen, ersetzt werden sollen, unter Brandschaden aber auch ein solcher, welcher in Kriegszeiten durch den Feind verursacht worden, nicht eximirt; mithin unter selbiger so lange zu verstehn, bis das Gegentheil und daß dergleichen Brandschäden ausdrücklich ausgenommen worden, besser als bisher geschehen erwiesen ist; als kann der Appellation nicht deferirt werden. Ungeachtet dieses Vorganges sind in der erneuerten Brandassecurationsverordnung für das Fürstenthum Lüneburg, vom 7ten Nov. 1794, Feuersbrünste der Art nicht ausdrücklich eximirt, und man wird also unbedenklich annehmen können, daß sie auch mit unter die Fälle haben gerechnet werden sollen, wo die Brandcasse, zur Bezahlung des assecurirten Werthes der abgebrannten Gebäude, verbunden ist.

CVII. Erörterung.

In wie weit hören durch den Ausbruch des förmlichen Concurses, die Wirkungen und Folgen eines, zwischen Schuldner und Gläubigern, vorhin errichteten Regulativs auf?

Regulative, Arrangements, zwischen Schuldner und Gläubigern, werden zur Vermeidung eines förmlichen Concursfahrens, und der damit verknüpften nachtheiligen Folgen, eingegangen [1]). Bei denselben, sie mögen gerichtlich — unter Mitwirkung des competenten Richters — oder aussergerichtlich geschlossen werden, liegt allemal ein Vergleich, ein Uebereinkommen, zum Grunde, vermöge dessen die Art, und die Mittel der Schuldentilgung, die Bestellung eines gemeinschaftlichen Mandatars, Administrators, oder Wächters, über die Erfüllung des Regulativs, die Abfassung eines Collocationsurtheils, der Nachläß an den Forderungen u. s. w. bestimmt und festgesetzt werden. Der Hauptzweck solcher Regulative besteht in der Abwendung des Concurses, und sie werden allezeit unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen, daß die Befriedigung, der sich angemeldeten Gläubiger, regulativmäßig wirklich erfolgt; mithin

1) Happel Anleit. zum Verfahren Concursprocesse abzuwenden §. 215 ff. Pract. Erörter. B. 6. n. 55.

hin das Arrangement vom Schuldner gehalten und erfüllt wird. Kann letzteres nicht geschehen, wird der Zweck des Regulativs, und die Erfüllung der stillschweigenden Bedingung desselben — die Befriedigung der Regulativgläubiger — durch den Tod des Schuldners, Nichterfüllung der von ihm übernommnen Verbindlichkeiten u. s. w. in der Folge, oder im Fortgange desselben, nicht erreicht, und muß nun ein förmliches Concursverfahren, mit der dem Richter bei Concursen ertheilten Gewalt, eingeleitet werden; so wird dadurch das errichtet gewesene Regulativ, zwar nicht in seinem ganzen Umfange, aber doch in so weit vernichtet und gebrochen, daß die noch nicht befriedigten Regulativgläubiger, mit den etwa noch hinzugekommnen neuen Gläubigern in ein gleiches Verhältniß treten, und alle das Recht erlangen, aus dem vorhandenen disponiblen Vermögen ihres Schuldners, nach der Beschaffenheit ihrer Forderungen, befriedigt zu werden; auf die bereits regulativmäßig abgefundenen Gläubiger hat aber der Ausbruch des Concurses keine nachtheilige Wirkungen. Hieraus folgt, daß

1) die regulativmäßig noch unbefriedigt gebliebenen Creditoren sich in den ausgebrochnen Concurs einlassen müssen;

2) die bei dem errichtet gewesenen Regulative ergangene Präclusion den neuen, hinzugekommnen Gläubigern nicht entgegenstehet[2]);

2) Hat der Schuldner einen gewissen Theil seines Vermögens den Regulativgläubigern, zu ihrer successiven Befriedigung, abgetreten und angewiesen; so bleiben sie in dessen Besitze und Genusse, wenn er neue Schulden contrahirt hat, welche den Ausbruch eines Concurses veranlaßten, und herbeiführten. Schmidt von Separatisten Th. 2. §. 43. Pract. Erörter. VI. 39. Gmelin Concurs der Gläubiger Kap. 1.

3) die bloß zum Zweck des Regulativs festgesetzte Prioritätsbestimmung unter den Mitgläubigern, welche glaubten im Regulative ganz befriedigt zu werden, die Einrede der Rechtskraft nicht begründet; und daß endlich

4) von den Regulativgläubigern, welche durch Zahlung, Cession, Anweisung an Zahlungsstatt u. s. w. vor dem Ausbruche des förmlichen Concurses bereits befriedigt sind, das regulativmäßig Empfangene nicht repetirt werden kann [3]). Nach diesen Ansichten ist vom Königl. Oberappellationsgerichte, am 16ten Jun. 1798, in Sachen Seedorf c. Behrend und Allers, und von der Zellischen Justiz-Canzlei, im Jan. 1822, in Sachen der Gläubiger weil. Canzlei-Proc. Voltmer, und des Pensionair-Postmeisters Lichtenberg, entschieden worden.

3) Happel Beobachtungen beim Ausbruche eines Concurses und bei Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräusserten Vermögens, Gießen 1801. Pract. Erörter. B. 6. n. 55 u. 75.

CVIII. Erörterung.

Von den Faustpfandsgläubigern*).

Es ist eine bekannte Streitfrage, ob und in wie fern ein Faustpfandsgläubiger, gemeinen Rechten nach, schuldig sey, das ihm übergebene Pfand zur Concursmasse abzutreten, sich in den Concurs einzulassen, und seine Befriedigung nach der Classification zu erwarten? Für die bejahende[1]) und verneinende[2]) Beantwortung derselben findet sich eine fast gleiche Zahl von Rechtsschriftstellern. Vom Königl. Oberappellationsgerichte[3]), und der Justizcanzlei zu Zelle sind, hinsichtlich der Faustpfandsgläubiger, folgende Grundsätze angenommen, und in deren Urtheilssprüchen befolgt:

1) Der redliche Pfandbesitzer ist nicht schuldig, sich in den ausgebrochnen Concurs einzulassen, das Pfand abzu-

*) M. s. überhaupt davon: Schweppe System des Concurses, 2te Ausg. §. 47. 60 u. 74.

1) Dabelow vom Concurse S. 682. Pract. Erörter. 2te Aufl. B. 1. n. 70.

2) Happel von dem Rechte der Gläubiger in Absicht der Faustpfänder. Gießen 1802. Overbeck Meditat. n. 409. Gmelin v. materiellen Concurse §. 26.

3) a Pufendorf III. 60. von Ramdohr Erfahrungen B. 1. S. 254.

treten, und auszuliefern, wenn keine unbefriedigte Gläubiger vorhanden sind, welche vor dem Pfandbesitzer ein Vorzugsrecht haben, ihm vortreten, und welchen mithin von dem Pfandbesitzer kein Retentions- und Separationsrecht opponirt werden kann;

2) Nur die bevorzugten und vortretenden Gläubiger[4]) haben ein Recht, das Faustpfand zu reclamiren und zu evinciren[5]); aber nicht der bestellte Curator bonorum, wenn er von diesen Gläubigern dazu nicht besonders ermächtigt ist[6]). Zu den Attributen eines Concurscurators gehört es nicht, die Vorzüge und Prioritätsrechte unter den Mitgläubigern auszuführen, und geltend zu machen, und selbst den jüngern Gläubigern ist es nicht gleichgültig, wenn der Güterpfleger, nicht zu ihrem Vortheil, sondern zu ihrem Nachtheil, dergleichen Processe erhebt, und damit die Kosten vermehrt[7]).

3) Der Faustpfandsgläubiger kann das Pfand verkaufen, wenn seine Forderung liquide, zahlbar, und der Schuldner im Zahlungsverzuge gewesen ist; und er kann nicht auf die Herausgabe des ganzen Verkaufspreises, sondern nur auf die hiperocha*), in Anspruch genommen werden, wenn der Verkauf des pignoris manualis auf le-

4) Nach gemeinen Rechten hat das jüngere Faustpfand vor der ältern Hypothek keinen Vorzug. L. 12. pr. u. §. 10. D. qui potior in pign. Leyser Sp. 223. m. 1.

4) L. 2. 7. §. 1. D. qui potiores in pign. L. 6. C. eod. Westphal vom Pfandrechte §. 41. Böhmer de diverso pign. et hypothecae iure c. 1. §. 13. Happel a. a. O. S. 130. u. 216.

6) a Pufendorf l. c.

7) Happel a. a. O. S. 226.

*) L. 6. §. 1. 7. 24. 42. D. de pignorat. act.

gale Weise geschehen, und keine Unredlichkeit dabei begangen ist [8]).

In Betracht dieser Rücksichten erkannte die Zellische Justiz-Canzlei, im December 1821, in Sachen des Breimannschen Curat. honor. Procurat. Ludewig, w. den Negocianten Isengarten, pto debiti, auf nachstehende Weise: Alldieweil der Besitzer eines Faustpfandes, gemeinen Rechten nach, überall nicht für verpflichtet erachtet werden mag, dasselbe zur Concursmasse abzuliefern und seine Befriedigung, nach der Ordnung der Classification der Gläubiger des Gemeinschuldners, zu erwarten; hiernächst aber auch der Güterpfleger, Kraft seines Amtes, nicht ermächtigt ist, für diejenigen Gläubiger, welche etwa befugt seyn mögen, einen Vorzug vor dem Besitzer des Faustpfandes zu verlangen, ohne deren besondern Auftrag, die Auslieferung des pignoris manualis, zu ihrer Befriedigung, ad massum concursus zu begehren; überdem aber auch eine Vindications- oder Hypothecarische Klage nur gegen den wirklichen Besitzer des Pfandstücks, oder der es zu seyn arglistig aufgehört hat, statt findet; aber alsdann wider den gewesenen Inhaber des Faustpfandes gar nicht begründet erscheint, wenn derselbe, wie im gegenwärtigen Falle, ohne Gefährde und auf eine völlig legale Weise, die Pfandstücke gerichtlich verkauft, und den Käufern derselben tradirt hat; so wird der Kläger mit seiner unbegründeten Klage ab- und zur Ruhe verwiesen u. s. w.

8) L. 4. 7. 9. 10. C. de distract. pign. L. 16 C. eod. L. 4. pr. de pignorat. act. L. 46 D. de adquir. rer. dominio. L. 10. D. de distract. pign. L. 11. §. 16. D. de act. emti vend. Thibaut Pandecten. §. 630. Hofacker princ. iur. rom. §. 1198.

CIX. Erörterung.

In wie weit die Wegestunden, in die Dienststunden der Frohnpflichtigen, mit einzurechnen sind.

Wenn weder in den Gesetzen und Dienstverträgen, noch durch ein erweisliches Herkommen die Stunde bestimmt und festgesetzt ist, mit welcher die Dienstleistungen anheben und endigen sollen, so findet die Vermuthung statt, daß die von den Frohnpflichtigen, auf dem Wege zum Dienste, und von demselben zurück nach Hause, zu verwendende Zeit, in die Dienststunden mit eingerechnet werden sollen [1]). Wenn aber die Arbeitsstunden bestimmt und fixirt sind, so kann jene Präsumtion nicht eintreten. Die an das v. d. Knesebeck'sche Gut zu Wittingen dienenden Ackerfrohnpflichtigen räumten ein, daß ihr Dienst im Sommer mit 6 Uhr Morgens anhebe und um 6 Uhr Abends endige; im Winter aber von 8 Uhr Morgens, bis 4 Uhr Abends dauere. Als sie nun verlangten, daß die Zeit, welche sie auf dem Hin- und Herwege gebrauchten, ihnen zu Gute kommen, und in die Dienst- und Arbeitsstunden mit eingerechnet werden müste, wurde dieser Antrag, in Sachen der von Knesebeckschen spanndienstpflichtigen Gutsleute zu Ganderwinkel u. s. w. wider Hermann v. d. Knesebeck, in pto Dienstübertreibung, von der Zellischen Justiz-Canzlei, mittelst Erkennt-

1) Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 235.

nisses vom 5ten Febr. 1822, dahin verworfen: Wenn gleich die Vermuthung dafür streitet, daß in Fällen, wo die Stunde, mit welcher der Dienst anheben und endigen soll, nicht bestimmt ist, die von den Frohndienstpflichtigen auf dem Wege zum Dienste, und zurück nach Hause zu verwendende Zeit, in den Dienst eingerechnet werden müsse; demnach jedoch Kläger die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten, daß ihr Dienst im Sommer um 6 Uhr Morgens anhebe, und um 6 Uhr Abends ende; im Winter aber von 8 Uhr Morgens bis 4 Uhr Abends dauere, selbst zugestehen, solchem nach also die Anwendbarkeit jener Regel, auf welche sie allein den Grund ihrer Klage bauen, hinwegfällt, so werden sie mit derselben ab- und zur Ruhe verwiesen u. s. w. Mittelst Bescheides vom 11ten October 1822 ward dies Erkenntniß vom höchsten Tribunale bestätigt.

CX. Erörterung.

Von dem Fischereirechte und der Fischereigerechtigkeit*).

Rechte und Befugnisse, welche Ausflüsse des Privativen- oder Miteigenthums sind, gehen durch den bloßen Nichtgebrauch derselben nicht verloren. Es dependirt ganz von der Convenienz des Eigenthümers, ob, wann, wie oft, zu welcher Zeit, und an welcher Stelle seines Eigenthums, er seines Rechtes sich bedienen will. Die Befugniß des Eigenthümers zur Mitfischerei, Mitweide, Mitjagd u. s. w. geht daher, durch den bloßen Nichtgebrauch, für den Herrn des Grund und Bodens, des Fischwassers u. s. w. gar nicht, und nur dann verloren, wenn die Mit- oder Servitutberechtigten ein Verbietungsrecht gegen ihn erweisen; mithin zeigen können, daß ihm der Mitgebrauch untersagt sey, und er sich dabei, innerhalb rechtsverjährter Zeit, beruhigt habe[1]). Ist dieses nicht der Fall, so findet stets eine Concurrenz des Eigenthumsberechtigten und der Servi-

*) M. vergl. Eichhorn deutsches Privatrecht §. 267 und Mein Handbuch des Landwirthschaftsrechts S. 376.

1) Struben Rechtl. Bedenk. III. 43. von Berg Rechtsfälle Th. 2. n. 25. Pract. Erörter. V. 27. VI. 12.

Servitutberechtigten statt [2]). Denn der bloße Umstand, daß der Eigenthümer Jemanden eine Servitut einräumt, und während vieler Jahre seine Concurrenz nicht ausübt, vermag der Dienstbarkeit noch nicht die Eigenschaft eines ausschließlichen Rechts beizulegen. Soll also dasselbe, oder ein Verbietungsrecht, durch Verjährung, erworben werden, so gehört zur Begründung desselben, nach der Natur der hierbei in Betrachtung kommenden gegenseitigen Rechte, allemal ein, von Seiten des Berechtigten dem Eigenthümer opponirter Widerspruch, wodurch jener erst in den Besitz des Verbietungsrechts kommen kann, und die darauf abgelaufene Präscriptionsfrist [3]).

Anders verhält sich die Sache, wenn der Fischerei- Jagd- und Weideberechtigte kein Eigenthümer [4]) des Fischwassers, oder des Grund und Bodens, sondern selbst nur Servitutberechtigter ist. Alsdann kann seine Berechtigung durch einen 10, 20, oder 30jahrigen Nichtgebrauch verloren werden [5]). Hiervon ist denn auch, in besonderer Beziehung auf die Fischereigerechtigkeit, die be-

2) L, 6. D. de Servit. Hofacker princ. iur. rom. Tom. 2. §. 1105.

3) a Pufendorf III. 161.

4) Die Fischerei ist ihrer Natur nach kein Hoheitsrecht. Wenn sie aber in öffentlichen, zum Staatseigenthum gehörenden Strömen, Flüssen, Bächen und Gewässern, oder in fremden Privateigenthume ausgeübt wird, so geschiehet solches nur vermöge einer speciellen Concession, oder der Verjährung. Runde Privatrecht §. 110. u. 274.

5) Thibaut über Besitz und Verjährung §. 57 u. 58.

kannte Stelle[6]) im römischen Rechtsbuche: Si quisquam in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem vti iure prohibere — zu verstehen, und sie kann mithin von keinem Verbietungsrechte gegen den Eigenthümer eines Fischwassers erklärt, und auf den letztern ausgedehnt werden[7]). Der Grund, warum der Servitutberechtigte, durch rechtsverjährten Nichtgebrauch, seine Befugniß verliert, liegt darin: weil entweder der Eigenthümer dem Gebrauch seiner Freiheit dadurch wiedererlangt, oder die andern Berechtigten nun dasjenige Recht allein ausüben, welches dem vorhin gleichfalls Berechtigten zugestanden hat. Nach diesen Grundsätzen ist vom höchsten Tribunal, am 15ten Sept. 1792, in Sachen Best w. Sanke angenommen, daß zur erlöschenden Verjährung der Fischereigerechtigkeit in einem fremden Fischwasser der bloße non usus hinreichend sey, und daß es dazu keiner qualificirten Verjährung bedürfe[8]). Und die Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle erkannte am 8ten Febr. 1819, auf eingeholten Rath der Juristen-Facuität zu Göttingen, in Sachen des Justizraths v. d. Wense zu Zelle, w. den Anwald der Pfarre zu Edesse, in pto Fischerei in der Fuhse, also: Daß zuvörderst der Kläger das ihm, als Besitzer des Gutes Dedenhausen, an der bestrittenen Stelle der Fuhse angeblich zustehende Eigenthum dieses Wassers — den Gegenbeweis vorbehältlich — darzuthun schuldig sey; dem vorgängig aber Beklagter — die vorgeschütz-

6) L. 7. D. de divers. temp. praescript.

7) von Berg a. a. O. S. 269.

8) von Ramdohr Erfahrungen B. 2. S. 61. u. B. 3. S. 868. Wenn aber eben dieser Grundsatz, nach der B. 3. S. 694 vorkommenden Bemerkung, auch auf einen gemeinschaftlichen Fischteich angewendet seyn soll, so ist solches in dem allegirten Erkenntnisse nicht zu befinden.

te Einrede der Verjährung des ausschließlichen Fischereirechts in der Fuhse und zwar in der Maße, daß die Pfarre zu Dedenhausen der fraglichen, von dem Besitzer des Gutes Dedenhausen sich angemaßten Fischerei in der Fuhse widersprochen, dieser bei dem Widerspruche sich beruhigt und dabei es über rechtsverjährte Zeit verblieben — zu beweisen schuldig, worauf alsdenn weiter ergehet w. R. Vom Königl. Oberappellationsgerichte ward dieses Erkenntniß, am 8ten Jun. 1819, bestätigt. Als indeß der Kläger sein behauptetes lehnbares Eigenthum, aus dem unbestimmten Inhalte der Lehnbriefe, an dem Fuhsestrome nicht erweisen, und auch keinen rechtsverjährten Besitzstand der Fischereigerechtigkeit nachweisen konnte, ward er mit der erhobenen Klage abwiesen.

CXI. Erörterung.

Kann der Lehnherr, gegen Caution, die Abtretung der Lehngüter eines verschollnen Vasallen, welche auf dem Heimfalle stehn, fordern?

Die in Deutschland übliche Curatel über einen Verschollnen — Cura absentis germanica — pflegt auf den, durch genugsame Caution zu deckenden Fall gestattet zu werden, daß dem Abwesenden — oder dessen rechtmäßigen Erben — die Güter und das Vermögen, nebst allen Früchten und Nutzungen, sofort wiederum eingeräumt werden sollen, wenn er vor dem Ablaufe seines vollendeten 70sten Lebensjahrs zurückkehrt. Erscheint er — oder seine rechtmäßigen Erben — vor solcher Zeit nicht wieder, so darf der immittirt gewesene Curator, sich dessen Vermögen mit allen bisherigen Nutzungen, zueignen [1]). Ob aber auch der Lehnherr, wenn kein Agnat des Verschollnen weiter vorhanden ist, auf eine solche Curam absentis vasalli Anspruch machen kann? ist in den Lehnrechten nicht bestimmt.

1) Nach der vom Zellischen O. A. Gerichte angenommnen Lehre von Pufendorf IV. n. 84 wird die Nähe der Verwandschaft und das davon abhängende Successionsrecht von dem Zeitpuncte angenommen und gerechnet, wo die nächsten Anverwandten in die Güter des Verschollnen immittirt sind. Pract. Erörter. V. 48. M. s. auch von Dalwigk pract. Erörter. no. 5.

Einige Lehnrechtsschriftsteller[2]) gestatten den Allodialerben vorzugsweise die Curam eines abwesenden Vasallen; andere[3]) aber wollen sie zurücksetzen, und dem nächsten Lehnsfolger einräumen; weil die Lehnfolge, der Regel nach, auch den Grund zur Bestimmung der Lehnvormundschaft enthalte. Die erste Meinung scheint in dem Falle die richtigere zu seyn, wenn von der Anordnung einer Curatel über einen abwesenden Vasallen die Rede ist, welcher der Vermuthung nach noch lebt. In diesem Falle kann nur die gewöhnliche[4]) Curatel eines Verschollnen Platz finden, und das Interesse der Landerben ist hierbei stärker, und überwiegender als das, der Lehnsfolger, weil die dem Abwesenden gebührenden Lehnsfrüchte und Aufkünfte zu dessen Allodialvermögen gehören, und gezählt werden müssen. Ist hingegen der verschollne Vasall nach einer, auf erwiesene Umstände, gegründeten Vermuthung für todt zu achten, so ist die letztere Meinung der Analogie unstreitig angemeßner[5]), und sie kann, so bald von der deutschen Curatel eines Verschollnen die Frage ist, besonders alsdann wohl keinen Zweifel leiden, wenn man annimmt, daß diese Art der Curatel,

2) Senkenberg prim. lin. iur. feud. §. 324. Brokes in D. de praematura apprehensione feudi, morte possessoris non probata §. 30 seq. und in Select. observ. forens. obs. 192. Leyser Sp. 97. m. 9. Eichhorn deutsches Privatr. §. 223.

3) Conradi progr. in Zepernick Analect. iur. feud. Tom. 1. obs. 23. Mevius P. 2. dec. 13. Brunnemann ad Leg. 2. D. de curat. bonis dando n. 25.

4) Wiesner Vormundschaftsrecht § 58.

5) Weber Handb. des Lehnrechts Th. 4. S. 567.

an die Stelle der Succession tritt, derselben gänzlich nachgebildet, und nach den Regeln derselben abzumessen ist [6]. Aber aus eben dem Grunde fällt sie auch hinweg, wenn es an einer gegründeten Todesvermuthung des Verschollnen gänzlich ermangelt; denn die deutsche Curatel eines Abwesenden setzt allezeit eine, vom Richter als gegründet anerkannte, Vermuthung des Ablebens eines Verschollnen nothwendig voraus [7].

Auf eine solche Curatel kann aber der Lehnherr keinen rechtlichen Anspruch machen. Das Heimfallsrecht desselben gründet sich nicht auf die Lehnfolge und Succession, sondern auf das Aperturrecht des Lehnherrn, und dieses tritt erst dann ein, wenn der letzte Vasall verstorben ist, und keine lehnsfähige Descendenz, oder Agnaten und Seitenverwandten vom ersten Erwerber abstammend, nachgelassen hat. Eine anticipirte Lehnsapertur, einen anticipirten Heimfall des Lehns, kennen die Lehnrechte nicht. Der wirkliche, oder juristische Tod — Vollendung des 70sten Jahrs — muß allemal vom Lehnherrn erwiesen seyn, ehe das Lehn für vakant erklärt, und der Besitz des nutzbaren Eigenthums von ihm ergriffen werden kann. Früher tritt keine Consolidation ein [8].

6) Pufendorf l. c. Böhmer Rechtsfälle III. 176. Vergl. insonderheit Weber a. a. O. S. 570.

7) a Pufendorf l. c. §. 3. Leyser Sp. 96. m. 1. 6. Voet in Comment. Lib. 10. tit. 2. §. 20. Dies ist auch dem röm. Rechte gemäß. L. 3. 4. C. de postlim. revers.

8) Böhmer princ. iur. feud. §. 362 seq.

Wenn daher vom Lehnherrn auch starke Vermuthungen für das frühere — vor dem 70sten Lebensjahre — erfolgte Absterben des Verschollnen allegirt, und erwiesen werden können, z. B. daß er sich einer besondern Lebensgefahr ausgesetzt habe, so würde ihm dennoch, selbst gegen die sufficienteste Caution, eine solche cura absentis germanica — wie den nächsten Lehnfolgern — des Verschollnen nicht eingeräumt [9]), und am wenigsten dann gestattet werden können, wenn eine Curatel für den Abwesenden bereits förmlich angeordnet gewesen seyn sollte [10]). Erlangt aber der Lehnherr, durch die bloße Verschollenheit und die Vermuthung des Todes des abwesenden letzten Vasallen, noch überall keinen gegenwärtigen Besitz des Lehns, und Genuß der Lehnsfrüchte, so kann er auch mittelst einer Cautionsleistung — die Lehngüter dem abwesenden sofort wieder abtreten zu wollen, wenn er vor dem 70sten Jahre zurückkehren würde — dazu nicht gelangen. Denn solche Caution ist nie ein Mittel Rechte zu erwerben, oder einen Andern aus rechtmäßigem Besitze zu verdrängen, sondern nur ein Mittel, den Besitz zu erlangen, wenn er noch offen ist; oder die Ausübung der gegenwärtig schon zukommenden Befugniß, eine Sache zu besitzen und zu benutzen, durch zufällige Hindernisse aufgehalten wird, welche ohne Nachtheil des Besitzers, durch Caution, leicht zu beseitigen sind.

Uebrigens kann aber dem Lehnherrn eine Coadministration solcher auf dem Heimfall stehenden Lehngüter, welche nur sein Interesse, in Erhaltung der Lehnssubstanz, und was davon dependirt, bezielt, nicht versagt werden [11]).

9) Das Gegentheil behaupten Weber a. a. O. S. 569. u. Böhmer a. a. O.; aber ohne besondere Gründe.

10) Carpzow iurispr. for. P. 3. c. 25. def. 49. n. 7.

11) Böhmer Rechtsfälle a. a. O.

CXII. Erörterung.

In wie fern kann der Curator eines verschollnen Vasallen, in dessen Namen, die Belehnung vom Lehnherrn fordern?

Weder ausdrückliche Gesetze, noch allgemeine Gründe derselben, lassen über die Entscheidung der obigen Frage unstreitiges Recht finden. Aber die nächste Analogie, welche zur Bestimmung derselben führt, wird theils aus den wahren Attributen des Amts eines solchen Curators; theils aus der Natur des Belehnungsgeschäfts zu entnehmen seyn. Das officium eines curatoris bonorum ist im römischen Rechte beschränkt. Es besteht nur in der Erhaltung und Aufbewahrung des Vermögens des Abwesenden, und in der Fürsorge, den etwa drohenden Nachtheil und Verlust desselben abzuwenden. Eine volle freie Vermögensverwaltung, und unbeschränkte Macht Alles zum Besten des Abwesenden, oder dessen zurückgelaßnen Vermögens anzuordnen, und vorzukehren, enthält dieses Officium nicht[1]) Daher konnte auch ein solcher Curator keine Erbschaft antreten[2]). Die deutsche Curatel

1) L. 1. §. 4. D. de muner. L. 6. §. 4. de tutel. und insonderheit L. 48. D. de administr. et peric. tut. Brunnemann ad h. L.

2) L. 90. pr. D. de adquir. vel ommit. heredit. Becmann D. de adquisit. heredit. dementi delatae. Thibaut Pandectr. §. 718.

ratel eines Verschollnen ist aber nicht in so enge Grenzen eingeschlossen. Bei dieser wird dem Curator das Vermögen des Abwesenden *also* übergeben, daß er zur Herausgabe desselben, und zur Rechnungsstellung nur auf den *Fall der Rückkehr* des Verschollnen verbindlich ist [3]. Sie ist also, da man sie als eine conditionelle und anticipirte Succession betrachtet, eine weit freiere und ausgedehntere, als die *römische* cura absentis [4].

Die Lehnserneuerung hiernächst hat nicht die *Erwerbung* des Lehns — denn diese entspringt aus der Investitur der Vorfahren, und der Lehnerbfolge — sondern nur dessen *Erhaltung* und *Bestätigung* zum Zweck. Jenes wird unmittelbar, Kraft der Lehngesetze, ohne Renovation der Investitur, erworben, und zeigt sich zum Theil, noch bei Lebzeiten des Lehnbesitzers, schon wirksam [5]; diese hingegen wird durch die Lehnserneuerung bewirkt, welche ein *formales* Anerkenntniß so wohl des Rechts am Lehn, als ein feierliches Versprechen der Lehnspflicht und Lehnstreue in sich faßt. Zur Abstattung des Lehnseides bedarf es aber, weder nach den gemeinen, noch unsern Provinciallehnrechten des *persönlichen Erscheinens* des zu belehnenden Vasallen; vielmehr kann die Eidesleistung durch einen Specialbevollmächtigten verrich-

3) a *Pufendorf* IV. 84. §. 2. 4. *Schilter* prax. iur. rom. Exerc. 15, §. 71. — Ueber die Beerbung der, *während der letzten Kriege verschollnen, Militairpersonen* s. m. *Verordnung* vom 11ten Apr. 1818. *Gesetz-Sammlung* S. 30.

4) *Leyser* Sp. 97. m. 5.

5) II. F. 8. §. 1. u. II. F. 39 pr.

tet werden [6]). Ist der Vasall rechtlich behindert, seine Person selbst vorzustellen, so ist der gerichtlich bestellte Tutor oder Curator, Kraft seines Amts, befugt und verpflichtet, die Lehnserneuerung nachzusuchen, und die Lehn des Mündels oder Pflegbefohlnen zu empfangen [7]). In den Gesetzen geschiehet hierbei der curatorum absentium keine ausdrückliche Erwähnung. Dieses würde zwar allein noch kein hinlänglicher Grund seyn, die Belehnung ihnen zu versagen; aber die Schranken und der Umfang ihres Amtes selbst, schließen sie von dem Rechte aus, die Belehnung zu fordern. Dasselbe beschränkt sich, wie vorhin erwähnt ist, lediglich auf die Vermögensverwaltung, und extendirt sich gar nicht auf die Person des Abwesenden, welche der Curator überall nicht repräsentirt. Es ist eine reine Realcuratel [8]). Der Lehnseid, und das Angelöbniß der Lehnstreue betrifft aber hauptsächlich die Person des abwesenden Vasallen, und es muß daher allein von der freien Entschließung des Lehnherrn abhängen, ob er dies Versprechen von Jemand annehmen will, oder nicht, der dazu von dem Vasallen weder einen speciellen Auftrag empfangen hat, noch dazu unter öffentlicher Auctorität ermächtigt ist, wie die Tutoren und Curatoren der Pupillen und Minderjährigen. Nur dem nächsten Lehnsfolger, wenn derselbe dem verschollnen Vasallen, wegen eintretender Todesvermuthung, öffentlich zum Curator bestellt ist, würde die nachgesuchte Lehnserneuerung, vermöge seiner conditio-

6) Böhmer princ. iur. feud. §. 110. Corp. Const. Calenb. Tom. 4. c. 6. S. 347 ff. Und Corp. Const. Luneb. Cap. 7. p. 13 f.

7) Weber Handb. des Lehnrechts §. 110.

8) Thibaut a. a. O. §. 532. Leyser l. c.

nellen Succession, und weil er das Lehn gewissermaßen schon in eignem Namen besitzt, vom Lehnsherrn nicht versagt werden können [9]).

Aber aus der Unfähigkeit des gewöhnlichen Curators eines verschollnen Vasallen zur Lehnsempfangung, darf man dessen gänzliche Ausschließung vom Lehn nicht folgern. Auch auf andere rechtliche Weise kann dem Abwesenden der Besitz und Genuß des Lehns erhalten werden, z. B. durch Lehnsindult. Fast alle Lehnrechtsschriftsteller [10]) behaupten im Allgemeinen die Zulässigkeit eines Curatoris absentis zum Lehnsbesitz, und diesen Besitz des Lehns kann er sich durch ein Indultgesuch versichern [11]). Die Nachsuchung eines solchen Indults erfordert so wenig einen besondern Auftrag, als die Interpellation, um die Verjährung zu interrumpiren. Beides sind nur Mittel das bereits erworbene Recht, oder Vermögen, zu conserviren, oder den, aus dem Ablaufe einer gewissen Zeit zu besorgenden, Nachtheil davon abzuhalten; mithin dem officio eines curatoris rerum recht eigentlich angemessen und entsprechend. Ueberhaupt weisen auch die Gesetze darauf hin, für die Erhaltung erworbener Rechte mehr, als für die Erwerbung neuer, zu sorgen und jene zu erleichtern [12]). Dieses wird bei solchen Rechten um so

9) Böhmer Rechtsfälle III. n. 176.

10) Eberhard in den Beiträgen zur Erläuterung der deutschen Rechte Th. 1. S. 41 ff. Conradi progr. in Zepernick Analect. iur. feud. I. 23. Leyser Sp. 95. m. 8. Sp. 97. m. 7. Mevius P. 2. dec. 13. Brockes in Select. obs. for. Obs. 5. Svendendörfer de act. feudal. art. 9.

11) Weber Handb. des Lehnrechts Th. 4. S. 574. Püttmann elementa iur. feud. §. 400.

12) L. 72. D. de procurat.

mehr gelten müssen, welche Kraft der Gesetze, folglich ohne voraufgehende Willenserklärung, auch dem unmittelbar erworben werden, der keine Kenntniß und Wissenschaft von deren Anfalle und Erwerbe erlangt hat[13]. Freilich ist die Ertheilung eines Lehnindults im Allgemeinen nur eine Gnadensache; aber sie bleibt es, vermöge der Gesetze, dann nicht mehr, wenn hinlängliche und rechtmäßige Ursachen vorhanden sind, denselben nachzusuchen[14]. Versagt der Lehnherr in solchen Fällen den erbetenen Indult, so kann die Verweigerung dem Vasallen nie schädlich seyn[15], und derselbe, vermöge des Officii suppletorii, nöthigen Falles richterlich ertheilt, oder der Lehnherr zur Gewährung des Gesuchs, die wirkliche Belehnungshandlung auszusetzen, verurtheilt werden.

13) L. 77. §. 3. D. de legat. 2. L. 7. §. 8. in f. D. de furtis. L. ult. C. quando dies legat. L. 7. §. 8. in f. C. de curat. fur. Beckmann de adquisit. hered. dementi delatae. §. 7. 8. 25. 27.

14) Unter der II. F. 22. bemerkten iusta absentia, ist auch die sogenannte indifferente Abwesenheit mit zu begreifen.

15) Erhebliche Entschuldigungsgründe befreien selbst von der Lehnserneuerung, und stellen den Vasallen auch ohne Indult völlig sicher. Weber a. a. O. §. 188 ff. Böhmer princ. iur. feud. §. 189. und in Observat. feudal. p. 267.

CXIII. Erörterung.

Von dem Verluste des Successionsrechts der in den Lehnbriefen übergangenen Agnaten.

In den Braunschweig-Lüneburgischen Landen ist die Simultan-Investitur, oder Mitbelehnung, zur Conservation der Lehnfolge, durch unverrücktes Herkommen, beibehalten und der Grund zur Succession nach dem Geblütsrechte[1]). Es succediren nur die Agnaten, welche in der Investitur, den Lehnbriefen, begriffen sind; aber die Successions-Ordnung hat nach den gemeinen Rechte unter ihnen statt, wenn keine Abänderung derselben in den Investiturbriefen, oder durch Familienverträge, Herkommen u. s. w. beliebt ist[2]). Durch Division des Lehns wird das Erbfolgerecht der Mitbelehnten nicht verändert, oder aufgehoben, und zur Conservation desselben keine besondere Belehnung erfordert; vielmehr ist es genügend, wenn nur der Geschlechtsälteste die Simultan-Investitur, im Namen der ganzen Familie, erneuert[3]). Die ausdrückliche Benennung der Agnaten und Mitbelehnten im Lehnbriefe, in so fern sie nicht Kinder lebender Vasallen sind, ist daher der Observanz nach dergestalt nothwendig, daß die darin nicht aufgeführten Agnaten, wenn sie gleich vom ersten Erwerber abstammen, besonders dann für ausgeschlossen geachtet werden, wenn die Verjährung hinzugetreten ist[4]).

1) Reiske cap. 2. Senkenberg §. 29. 30. Wismann c. 2. Sect. 2. §. 2. Rave Sive Helfeld §. 23. in Meinen Analect. iur. feud. Br. Luneb. Tom. 1. p. 38. 201. 281. 405. a Pufendorf IV. n. 220. Struben rechtl. Bedenk. I. 88.

2) a Pufendorf II. 56. Erörterung n. 60. d. Bs.

3) Böhmer princ. iur. feud. §. 165.

4) Struben a. a. O. a Pufendorf l. c. II. 220. §. 13. 17. Die gegen den Vater eines Vasallen angefangene, oder vollendete Ver-

Allein diese Strenge des Ausschlusses tritt nie ein, wenn nachgewiesen werden kann, daß

1) die Uebergehung des Mitbelehnten aus Vorsatz oder Nachlässigkeit, — z. B. durch Auslassung seines Namens in dem einzureichenden Verzeichniß der Mitzubelehnenden; Nichteinforderung der Vollmacht zum Belehnungsacte u. s. w. — des Lehnsträgers, der den Lehnbrief empfängt, und in seinen Händen behält, geschehen [5]);

2) aus Irrthum oder Versehn in den Ausfertigungen und Expeditionen der Lehnscurie selbst erfolgt und veranlaßt;

3) die Einrückung des Agnaten in den Lehnbrief aus einer andern zufälligen Ursache unterblieben; oder

4) die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen ist. Wenn

5) der Lehnherr von der Ausschließung keinen Gebrauch gemacht, die Rechte der übergangenen Agnaten aufrecht zu erhalten die Absicht gehabt, und solche ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat [6]); oder endlich

6) dem Agnaten überhaupt ein erheblicher Grund, z. B. Entfernung, lange Abwesenheit und dergl. zur Seite steht, wodurch die Auslassung des Namens im Lehnbriefe ohne ein, ihm rechtlich beizumessendes, Verschulden veranlaßt ist [7]).

jährung sollte billig nicht leicht einen Grund abgeben können, das von demselben unabhängige, und auf eigne Erwerbung beruhende Recht des Sohnes am Lehn auszuschließen. Rosenthal de feud. c. 9. m. 2. concl. 85. Stryk de iure successoris in revocand. bon. famil. §. 46.

5) a Pufendorf l. c. Struben a. a. O.

6) Stryk de culpa vasallo remissa cap. 3 n. 16. Weber Handb. des Lehnrechts §. 355.

7) Böhmer Observ. iur. feud. p. 267.

CXIV. Erörterung.

Die Abwesenheit eines zur Lehnsfolge gelangenden Vasallen ist kein Grund, ihn davon auszuschließen, und ihn des Lehns zu priviren.

Das longobardische Lehnrecht erklärt den Vasallen des Lehns verlustig, der es, sua incuria et negligentia, unterlassen hat, binnen Jahr und Tag (Monat) die Lehnserneuerung nachzusuchen [1]). Eine Nachlässigkeit ist allerdings darin zu befinden, wenn ein zur Folge stehender Vasall, durch Entfernung und Verschollenheit sich selbst behindert, dieser Lehnspflicht nachzukommen, und indem darin gewissermaßen eine Verachtung des Lehnherrn zu liegen scheint, so dürfte derselbe auch dadurch wohl berechtigt werden, durch öffentliche Ladung des Vasallen, ein Privationsverfahren gegen ihn einleiten zu lassen.

Aber demungeachtet sind doch die Gerichte nicht befugt, so lange nur die Entfernung selbst ihren Grund in keiner eigentlichen Untreue gegen den Lehnherrn, oder sonst in einer andern unerlaubten und verwerflichen

1) II. F. 55. Weber Handb. des Lehnrechts §. 187. Struben rechtl. Bedenk. I. 92. ist der Meinung, daß, wegen versäumter Lehnsrenovation, nicht leicht Jemanden das Lehn genommen werde.

Absicht hat, ein solches Contumacialverfahren wider den Abwesenden zu gestatten. Weder in den longobardischen, noch deutschen Lehnrechten wird die bloße Abwesenheit dem Vasallen als ein Lehnsfehler angerechnet; vielmehr als ein Entschuldigungsgrund, so bald nur deren Unrechtmäßigkeit nicht erhellet, bei Verabsäumung solcher Lehnspflichten, welche an gewisse Zeitfristen geknüpft sind, ausdrücklich anerkannt[2]). Die Dauer der Abwesenheit ist aber in den Gesetzen nicht bestimmt. Ein Zeitraum war dabei auch nicht wohl festzusetzen, weil die Abwesenheit meistens auf Willkühr, oder Zufall beruhet. Zwar können eigne Rechte durch den Ablauf einer gewissen Zeitfrist verloren werden, und dieser Verlust trifft so wohl Gegenwärtige, als Abwesende[3]); aber aus einer lange daurenden Abwesenheit darf man noch keine Vernachlässigung einer gewissen Person, oder eines nur persönlichen Verhältnisses folgern, und am wenigsten den Verlust des Rechts, als Strafe dieser Vernachlässigung, feststellen. Unpassend wäre es daher, das rechtliche Verfahren gegen abwesende Ehegatten, auf das zwischen Lehnherrn und Vasallen bestehende Band ausdehnen, und anwenden zu wollen. Das Lehnsverhältniß erfordert nicht, wie bei Eheleuten, eine beständige Gegenwart[4]) des Vasallen, und heut zu Tage um so weniger, wo die Lehnsreichungen in der Regel nicht mehr eigentliche persönliche Dienste zur Absicht haben[5]). Eben so wenig lassen sich auch die Ehescheidungsgründe als Privationsursachen

2) II. F. 22. Jus feud. Alemanic. c. 92. §. 4. 93. §. 1.

3) L. 3. C. de praescript. 30. l. 40. annor. Leyser Sp. 454. m. 8. u. 9.

4) II. F. 21. II. F. 26. §. 1. u. 16. II. F. 28. pr. II. F. 27. §. 1.

5) Struben a. a. O. Bd. 97.

ursachen im Allgemeinen betrachten. Der dahin zielende Lehnstext[6]) macht nur bemerklich, daß man bei Bestimmung der Privationsursachen nicht bloß bei der Natur der Sache stehn geblieben sey, sondern auch auf das römische Recht geachtet habe, wie eine Vergleichung der causarum privationis feudi, mit den causis exheredationis, revocandae donationis, et repudii zeigt[7]). Dieser Lehnstext enthält daher keine allgemeine Anweisung für den Richter aus allen, mit den Lehnsprivationsursachen nicht übereinstimmenden Enterbungs- Revocations- und Repudiengründen, auf die Strafe der Lehnsprivation zu sprechen. Wollte man aber die Analogie vom Repudium zum Grunde legen, so würde doch nur die neueste Constitution des römischen Rechts, de absente milite, dabei angewendet werden können, welche der zurückgebliebenen Ehegattin unbedingt die Abwartung der Rückkehr des Abwesenden, oder den Beweis des Todes desselben auferlegt[8]).

Sehr selten wird übrigens aus der langen Dauer der Abwesenheit eines Vasallen auf eine dolose[9]) Vernachlässigung des Lehnherrn zu schließen seyn. Die mannichfaltigsten Ereignisse und Zufälle können die Rückkehr desselben vereiteln, und ihn verhindern, Nachrichten von seinem Leben und Aufenthalte nach der Heimath gelangen zu lassen. Oft entfernt sich auch ein Vasall, oder er tritt in fremde Kriegsdienste — was ehemals jeder thun konnte[10])

6) II. F. 24. §. 9.

7) Finckelhaus feud. controv. illustr. D. 10. §. 6.

8) Nov. 117 c. 11. Anth. hodie C. de repud. Pract. Erörter. B. VI. n. 33.

9) Böhmer princ. iur. feud. §. 353.

10) II. F. 28 in f. Wahlcapitulation Kaiser Leopold Art. 16. Struben Nebenst. Th. 3. Abth. 18. de Ludewig ius feud. Rom. imp. c. 10.

— zu einer Zeit, wo er nur noch sehr entfernte Aussichten hatte, zur Lehnsfolge zu gelangen. Man wird also den Grundsatz wohl als richtig annehmen dürfen: daß die langwierige Abwesenheit eines Vasallen dessen Rechten nur dann Nachtheil bringen kann und darf, wenn deren Ursache unrechtmäßig gewesen ist, oder wenn sie gegen bestimmte Gesetze angestoßen hat.

Die mildere Ansicht ist übrigens nicht nur den allgemeinen Rechtsregeln[11]), sondern auch der Fürsorge völlig angemessen, welche die Gesetze für die Sicherung der Rechte abwesender Personen, durch Anordnung einer Realcuratel, beobachtet wissen wollen[12]).

11) L. 152. §. 2. L. 192. §. 1. D. de Reg. iur.

12) L. 1. D. de negot. gest. L. 33. §. 2. D. de procurat. L. 12. C. cod.

CXV. Erörterung.

Dem Gerichte des Wohnsitzes eines Verstorbenen gebührt die Aufbewahrung und Sorge für die Vollziehung des von demselben, bei einem andern Gerichte, deponirten Testaments.

Im §. 4. der Verordnung[1]), wie es mit Verwahrung und Publication der gerichtlich niedergelegten Testamente gehalten werden soll, heißt es: „Sollte aber die Erb- und Verlassungsschaft nicht unter der Jurisdiction desjenigen Gerichts, bei welchem das Testament deponirt und eröffnet worden, sondern unter einem andern Gerichte belegen seyn, so hat jenes diesem das publicirte Testament, gegen ein Recepisse, in originali zuzufertigen*), damit selbiges die Erbschafts-Interessenten zu dessen genauer Geleb- und Beobachtung anhalten, oder sonsten das Benöthigte darunten verfügen kann."

1) vom 22ten Mai 1750, in Spangenberg Samml. der Hannöv. Landesverordnungen Th. 1. S. 221. M. s. auch Verordnung vom 29sten Oct. 1822. §. 2.

*) Daher hat das Untergericht, bei welchem das Testament einer eximten Person niedergelegt war, bloß den Act der Publication desselben zu besorgen; aber keine Abschriften von demselben zu bewilligen, wie oftmals entschieden ist.

Man hat hierbei die Frage zweifelhaft gefunden: ob die Aufbewahrung eines gerichtlich niedergelegten Testaments, die Sorge für die Vollziehung desselben, und die Regulirung aller damit in Verbindung stehender Puncte, in dem Falle, wo der Nachlaß in verschiedenen Provinzen, oder unter verschiedenen Gerichten zerstreuet liegt, dem foro domicilii des Verstorbenen, oder dem foro sitae hereditatis, und bei einer Concurrenz der letztern, dem Gerichte, unter welchem der größte Theil des Nachlasses belegen ist, ausschließlich obliege und gebühre? Das K. Oberappellationsgericht hat in Sachen des Magistrats der Stadt Nienburg, Imploranten, wider den Magistrat der Stadt Lüneburg, Imploraten, wegen streitiger Jurisdiction, am 28sten März 1822, dahin entschieden: Wenn nun die Verordnung vom 22sten Mai 1750 unter dem Gerichte — wo die Erbschaft belegen — kein anderes, als das forum domicilii des Erblassers [2]), verstanden haben kann; weil eine Erbschaft, als solche, zu den unkörperlichen Sachen gehört, welche nur in foro domicilii ihres Inhabers, als belegen, betrachtet werden können, und eine Erbschaft, so lange sie noch nicht angetreten ist, die Person des Erblassers repräsentirt; mithin im vorliegenden Falle das Testament dem Imploranten, zur Uebernahme der Sorge für dessen Vollstreckung, hätte zugesendet werden müssen; indem die Erblasserin, als eine noch nicht geschiedene Ehefrau, das forum domicilii ihres zu Nienburg wohnenden Ehemannes beibehalten hatte; sodann aber dem Imploranten, als iudex domicilii des Herzelschen Ehemannes und seines Kindes, lediglich die Entscheidung der Frage zukommt: ob für dasselbe eine Curatel, ratione maternorum, zu bestellen seyn möchte? Seine Jurisdic-

2) Hatte derselbe ein forum privilegiatum, so tritt dasselbe an die Stelle des fori domicilii.

tionsbefugnisse auch so wenig durch schriftliche oder mündliche letztwillige Bestimmungen der Erblasserin, als durch eine von dem Erbschafts-Interessenten beabsichtigte Prorogation und ihr gefolgte Prävention des Imploraten verrückt werden können; Implorant mithin für vollkommen befugt zu halten ist, seine Jurisdictionsgerechtsame gegen den Imploraten — abgesehn von dem Interesse etwa betheiligter Privatpersonen — klagend zu verfolgen; so ist dem imploratischen Magistrat aufzugeben, das fragliche Testament dem Imploranten auszuliefern, und diesem nicht nur die Sorge für die Vollstreckung desselben, sondern auch die Entscheidung der Frage, über die Nothwendigkeit einer für das Herzelsche Kind zu bestellenden Curatel, so wie die etwanige Anordnung derselben, zu überlassen.

CXVI. Erörterung.

Die Actio iudicati ist verjährt, wenn sie nicht binnen 30 Jahren erhoben wird.

Es ist eine bekannte Controverse: ob gegen rechtskräftige Erkenntnisse die Verjährung statt finde, und ob mithin durch Verjährung die Rechtskraft unwirksam werden könne, oder nicht[1])? Einige[2]) Rechtslehrer, welche dem Canonischen Rechte, in der Lehre von der Verjährung, den Vorzug vor dem Römischen einräumen, verneinen die Frage wegen des Mangels an gutem Glauben, und weil eine rechtskräftige Sentenz, unter den Partheien, wie ein Gesetz gelte; mithin eben so wenig, wie jedes andere Gesetz, durch den bloßen Ablauf von 30 Jahren entkräftet werden könne. Andere[3]) aber, welche bloß die Vorschriften des römischen Rechts, von der Verjährung, oder Erlöschung der Klagen, nach welchen bona fides da-

1) Hiervon ist der Fall gänzlich verschieden, wo durch eine 40 jährige Aufgebung eines, noch nicht entschiedenen, Processes das verfolgte Recht für aufgegeben erachtet wird. L. ult. C. de praescript. 30. vel 40. Annor. L. 1. §. 1. C. de annali praescript.

2) Struben rechtl. Bedenk. IV. 6. V. 39. Leyser Sp. 110. n. 5.

3) a Pufendorf I. 117. II. 114. Böhmer Rechtsfälle I. Abtheil. 2. S. 533. Schmidt von gerichtl. Klagen §. 1148.

zu nicht erforderlich ist [4]), hierbei zum Grunde legen, sind der bejahenden Meinung.

Ohne Zweifel hat der neuere Gerichtsgebrauch, in der Materie von der Verjährung, dem canonischen, vor dem römischen Rechte, den Vorzug zugestanden [5]). Aber die bloße Rechtskraft, wenn gleich die dadurch bewirkte Entscheidung, als formell gerecht betrachtet werden muß [6]), versetzt den Verurtheilten doch nicht immer in malam fidem [7]). Er kann gar wohl, ohne den ihn treffenden Vorwurf einer bösen Absicht, die Ueberzeugung haben, daß er nicht mit Recht, sondern nur fato processus, besonders in solchen Fällen, wo die Rede von einer streitig gewesenen Leistung, oder Unterlassung ist, z. B. in Zehnt- Dienst- Hut- und Weide- Jagd- Forstsachen und dergl. verurtheilt sey, und daß er seinen Anspruch, ungeachtet er damit rechtskräftig zurückgewiesen ist, für rechtmäßig, oder seine Condemnation, etwas zu thun, oder zu unterlassen, für unrechtmäßig hält. Unter den Partheien gilt freilich in Absicht ihres entschie-

4) L. 6. §. 3. D. de re indic. L. 8. C. de praescript. 30 ann. Thibaut von der Verjährung §. 20.

5) a Pufendorf I. 115. Struben a. a. O. M. s. auch Glück Commentar §. 77. Engelbrecht in der Abhandlung, de genuinis Decisionum fontibus in terris Br. Luneb. §. 20. behauptet das Gegentheil. Der Streit ist durch die Verordnung vom 29sten Oct. 1822 — Gesetz-Sammlung nr. 41. — jetzt entschieden.

6) Martin Proc. §. 110.

7) Höpfner Commentar §. 1182 u. 1184.

denen Rechtsverhältnisses, die Rechtskraft als concretes Gesetz[8]); aber doch erst von dem Zeitpuncte an, wo der Besiegte das Urtheil entweder freiwillig befolgt[9]), oder von dem Sieger zu dessen Befolgung richterlich angehalten wird. Die Gesetze verleihen ihm dazu die actio iudicati, vermöge welcher er auf die Hülfe des Staats, durch den Richter, Anspruch machen kann, und die Rechtskraft ist und bleibt daher nur das Mittel diese Hülfe zu erlangen. Aber dabei binden auch die Gesetze den Sieger an eine gewisse Zeit — in der Regel 30 Jahre[10]) — binnen welcher er sie nachsuchen muß. Läßt er diese, wenn er in der Lage war, auf die Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils dringen zu können, ungenutzt verstreichen; läßt er den Verurtheilten, während solcher Zeit, im ruhigen und ununterbrochnen Besitze[11]) des, vor erfolgter Rechtskraft, streitig gewesenen Rechts oder Verhältnisses; so kann jener die, später vom Sieger erhobene, actio iudicati mit der Einrede, der durch Verjährung erloschnen Klage zurückweisen; weil sodann die Gesetze dem Sieger den Schutz und die Rechtshülfe versagen, welche ihm gewährt seyn würde, wenn er binnen der gesetzlich bestimmten Zeit darauf angetragen hätte. Diese Ansicht — wobei auf die den Gesetzen, welche nach eingetretener Verjährung die Befugniß zu klagen absprechen, ohnehin unbekannte Vermuthung gar nichts ankommt, daß der Sieger sich seines Rechts begeben habe[12]) — ist übrigens dem positiven Institute, von der erlöschenden

8) Martin a. a. O. In wie fern gegen verbietende Gesetze die Verjährung zulässig ist. Pract. Erörter. VI. 42.

9) Martin a. a. O. §. 109.

10) L. 6. §. 3. D. de re iudic. Thibaut a. a. O. §. 42.

11) Thibaut a. a. O. §. 44.

12) Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 92.

den Verjährung der Klagen, und selbst der Rechtspolitik überhaupt, völlig angemessen. Niemand ist verbunden, das ex re iudicata erlangte Recht geltend zu machen, und es stehet, in der Regel, in seiner Willkühr, ob er es klagend bei dem Richter realisiren will, oder nicht; aber zur Sicherstellung des Rechtszustandes deuten die Gesetze dem Sieger an, wie lange er im Staate auf richterliche Hülfe soll Anspruch machen können, damit ewigen Rechtsstreitigkeiten, und unsichern Rechtszuständen vorgebeugt werde. Die hiesigen Landesgerichte erkennen daher auf die Verjährung nach eingetretener Rechtskraft[13]), und die Königl. Justiz-Canzlei zu Zelle hat dieses Princip auch noch, am 17ten Jun. 1822, in Sachen Lage w. Wiegräfe, in pto Weideberechtigung, befolgt und angenommen.

13) a Pufendorf I. 107. II. 114. Struben V. 39. Pract. Erörter. VI. 67.

CXVII. Erörterung.

Von der Vollstreckung der wider Sachwalter erkannten Remotionen und Suspensionen.

Von der Remotion und Suspension der Sachwalter ist an andern Stellen schon die Rede gewesen [1]). Die Wirkungen derselben treten aber nicht sogleich mit dem Erkenntnisse ein, in welchem sie ausgesprochen werden. Wird die Remotion wegen einer, von dem Advocaten extra officium begangenen criminellen Handlung, und wegen eines eigentlichen gemeinen Delicts, als Folge des verübten Verbrechens selbst erkannt, so muß das Urtheil rechtskräftig seyn, ehe sie wider den Verurtheilten durch öffentliche Bekanntmachung und Abnahme der Advocaten-Matrikel, in Vollzug gesetzt werden kann. Eben dies wird eintreten müssen, wenn die Remotion wegen wiederholter oder grober in officio begangenen Excesse und Vergehungen [2]), oder vorsätzlicher Ungebührlichkeiten wider die angelobten Advocatenpflichten zu erkennen war. Ist hingegen nur eine bloß temporelle Suspension deßhalb zu verfügen nöthig gewesen, weil ein Sachwald, ungeachtet früherer Weisungen, Geldbußen u. s. w., unter sonst nicht sehr beschwerenden Umständen, wider die gesetzlichen Advocaten-Obliegenheiten gehandelt,

1) Pract. Erörter. VI. 47. und nro. 34 d. B.

2) z. B. bei wiederholter Abnahme verbotener Privateide. Verordn. vom 28sten Dec. 1821 §. 5. Gesetzsammlung J. 1822. No. 4.

gegen das Ansehn des Gerichts, die Würde des Richters, die Formen der gerichtlichen Procedur, die Bescheidenheit, den Anstand, die Ehrbarkeit und dergl., in gerichtlichen Reden oder Schriften, gröblich gefehlt hat; so ist eine solche, die gerichtlichen Policeiordnungen aufrecht erhaltende, Verfügung nur als Censur- und Disciplinarstrafe zu betrachten, wogegen keine eigentliche suspensive Rechtsmittel statt finden. Aber demungeachtet muß es doch dem Verurtheilten allemal freistehn, nach geschehener Publication des Erkenntnisses, sich mit einem Recurse — Extrajudicial-Beschwerde, Querel — an die höhere Instanz zu wenden, um entweder seine gänzliche Straflosigkeit, oder geringere Strafbarkeit zu deduciren. Der Recurs darf daher nicht in Voraus in dem Suspensions-Erkenntnisse versagt, vielmehr muß der Erfolg desselben erwartet werden, so bald er ergriffen wird, ehe die Suspension, durch öffentliche Bekanntmachung des Urtheils, in Vollzug gesetzt werden kann. Denn wollte man mit der Vollstreckung der Strafe, die für den Verurtheilten immer von den wichtigsten Folgen ist, gleich nach der Eröffnung des Erkenntnisses, sofort den Anfang machen, so würde der Stand der Sache selbst alterirt werden, und daneben auch das erkennende Gericht, im Abänderungsfalle, sich compromittiren. Diesen Ansichten ist auch das höchste Tribunal, im Jahr 1822, bei Gelegenheit der von der Zellischen Justizcanzlei wider den Advocat und Doctor B......s erkannten Remotion, und gegen den Advocat und Docter S.......l verfügten einjährigen Suspension von der Advocatur- und Notariatpraxis, gefolgt.

CXVIII. Erörterung.

Von den gerichtlichen Arresten und Immissionen auf Besoldungen und Pensionen.

Auf die Besoldungen, Gagen und Gnaden-Pensionen so wohl der activen, als der in Ruhestand versetzten, oder abgegangenen Civil- und Militair*)-Staatsbeamten, darf von den Gerichten kein Arrest angelegt, und keine Execution verfügt werden; vielmehr muß in den Fällen, wo Abzüge an der Besoldung oder Pension, zur Befriedigung andringender Gläubiger erforderlich sind, mit dem Königl. Cabinets-Ministerio von den Justiz-Collegien vorgängig communicirt, und des erstern Entschließung, ob und in welcher Maße der Abzug an der Besoldung oder Pension des Schuldners geschehen soll, erwartet werden[1]). An sich

*) Nach dem Militair-Pensions-Reglement, vom 29sten April 1817 §. 25 — Meine Samml. der Hannov. Landesverordn. v. J. 1817 Th. 1. S. 187 — stehet der Kriegs-Canzlei die Ermäßigung des Quantums des Abzugs zu.

1) Constitution vom 19ten Oct. 1719, und deren Declaration vom 17ten Novemb. 1738 und 4ten Aug. 1772. Verordn. vom 23sten Aug 1723. Militair-Justiz-Reglem. cap. 2. §. 14. Verordn. v. 29sten Apr. 1817 §. 24. und Verordn. v. 20sten Jul. 1821. §. 46. u. 47. Oesterley Handb. des Hannov. Proc. Th. 2. S. 444. Ein Compensationsrecht ist aber hierdurch nicht ausgeschlossen, z. B. die Besoldungsforderung, mit liquiden rückständigen Pacht- oder Miethgeldern, bei Domainenpachtungen.

untersagen die unten angeführten Gesetze dem Besoldeten oder Pensionirten es nicht, auch ohne landesherrliche, oder der höchsten Staatsbehörde Genehmigung, zum Vortheil eines Dritten, oder seiner Familie, freiwillig oder vertragsmäßig über seine, selbst künftige Besoldung oder Pension, durch Cession oder Anweisung, zu disponiren, in so fern nur die Dienstobliegenheiten des Officianten selbst nicht darunter leiden, oder sonst ein Nachtheil für diejenigen Gläubiger, welchen vom Landesherrn oder dessen Ministerio ein Abzug an der Besoldung oder Pension, zu ihrer Befriedigung, bereits verliehen ist, damit bezweckt wird. Unter den Paciscenten selbst, und, unter den bemerkten Beschränkungen, auch in Beziehung auf dritte Personen, ist also ein solcher Cessions- und Anweisungsvertrag, auf Gage oder Pension, ohne Zweifel als gültig und rechtsverbindlich zu betrachten.

Aber demungeachtet kann man nicht annehmen, daß durch dergleichen Privatarrangements dem Landesherrn, oder der höchsten Staatsbehörde, die Befugniß [2]) entnommen werde, den andringenden Gläubigern eines Staatsdieners, die künftige Gage oder Pension desselben, ganz oder zum Theil zu ihrer Befriedigung anzuweisen. Das Verhältniß und die Natur des Dienstcontracts, zwischen Landesherrn und Staatsdienern, gestatten den letztern kein ganz und durchaus willkührliches Dispositionsrecht über ihre künftige Besoldungen oder Pensionen. Ehe sie nicht verdient, oder fällig sind, kann man sie überall nicht als einen wirklichen Bestandtheil ihres Vermögens ansehn, oder als Theil einer Concursmasse, ohne Bewilligung der höchsten Regiminalbehörde, betrachten. Erst dann, wenn sie erfolgt, und das Quantum des Abzugs auf gesetzlichem

2) M. s. die angeführten Landesgesetze.

Wege bestimmt ist, bildet sie einen Theil der Masse, welcher alsdann allen Gläubigern, nach dem Range ihres Anspruchs- und Forderungsrechts, bei eröffnetem Concurse, zu Gute kommt*). Hieraus folgt von selbst, daß in solchen Fällen alle frühern, ohne Genehmigung der höchsten Behörde, von dem Percipienten freiwillig, oder vertragsmäßig geschehenen Cessionen oder Anweisungen auf seine Gage, oder Pension ungültig sind, und als unwirksam und kraftlos betrachtet, und dafür erklärt werden müssen[3]). Nach diesen Principien ist auch vom Königl. Oberappellat. Gerichte, am 12ten Jan. 1822, in Sachen Lichtenberg w. den Lichtenberg. Curator. bonor. Procurator Ludewig, und im Jahr 1821 in Sachen der Oberstin v. Bennigsen w. den v. Bennigschen Curator. bonor. Dr. Beste, von der Zellischen Justiz-Canzlei erkannt, und das Erkenntniß vom höchsten Tribunale bestätigt.

*) Schweppe System des Concurses §. 39.

3) In der Declaration vom 4ten Aug. 1772 heißt es daher auch namentlich: „daß auf die von den Percipienten etwa ausgestellten Anweisungen und Assignationen nicht reflectirt werden solle.

CXIX. Erörterung.

Von den Klagen gegen Kirchen, Pfarren und Schulen.

Zur Erläuterung der, in der 56 Erörterung des 6ten Bds. über das Verhältniß der Königl. Consistorien, zu den höhern Gerichtsstellen, aufgestellten Principien [1]) dienen nachstehende Erkenntnisse des höchsten Tribunals:

In Sachen Anwaldes des Königl. Consistorii zu Hannover, Raths Schlegel, ad acta Darrigsdorf w. Knesebeck, in pto Gerichtscompetenz, ward am 22. Oct. 1818 von dem Königl. O. A. Ger. an die Zellische Justiz-Canzlei rescribirt: Wenn nun die von der Gemeinde Darrigstorf, gegen das Amt Knesebeck geführte Beschwerde, über die Beitreibung eines Beitrags, zu den Introductions- und Translocationskosten eines Predigers, überhaupt nicht als Justizsache, und am wenigsten als eine Klage gegen die dabei nicht interessirte Kirche zu Wittingen angesehn werden kann; eine solche Klage auch in keiner Rücksicht zu eurer Competenz gehört haben würde — so habt ihr die Gemeinde Darrigsdorf mit ihrer Klage von euch abzuweisen.

In Sachen Anwaldes des Consistorii, Raths Schlegel, ad acta der Kirchspiels-Eingesessenen zu Mandelsloh

1) M. s. auch Schlegel Kirchenrecht Th. 1. S. 167 ff.

w. die Kirchen-Commissarien, und den Anwald der Kirche zu Mandelsloh, wegen Erbauung eines neuen Schulhauses, rescribirte das höchste Tribunal an die Hannoversche Justiz-Canzlei, am 29sten April 1819, dahin: Wenn nun die von unserm Consistorio beliebte Erbauung eines neuen Schulhauses zu Mandelsloh lediglich als eine administrative, in dem kirchlichen Regierungsrechte begründete, Anordnung erscheint, und sich mithin in dieser Rücksicht zu einer Rechtserörterung vor den Gerichten nicht qualificirt; in so fern aber die Querulanten eine gänzliche Immunität von den Kosten des neuen Schulbauhauses sich anmaßen wollen, sie diese Behauptung entweder gegen den Anwald der Kirche zu Mandelsloh, bei unserm Consistorio, an und auszuführen, oder die prätendirte Immunität wider diejenige Gemeiuden, des Kirchspiels Mandelsloh, bei unserm Consistorio, oder in foro primae instantiae, klagend zu verfolgen verbunden sind, welchen sie die Kosten des in Frage befangenen Baues aufbürden zu können vermeinen; eure Competenz in der Sache mithin auf keinen Fall statthaft, vielmehr die opponirte exceptio fori incompetentis, als völlig begründet erscheint — so habt ihr die Querulanten mit ihren bei euch gemachten Anträgen von euch abzuweisen.

Diesen Entscheidungen conform erkannte auch die Zellische Justizcanzlei, am 4ten Octob. 1822, in Sachen der Eingesessenen zu Wahrenholz, w. den Anwald der Kirche daselbst, pto Hand und Spanndienste zum Neubau der dasigen Kirche und des Küsterhauses, also: Nachdem die von dem Königl. Consistorio zu Hannover wider die Kläger verfügte Concurrenz zur Leistung der Hand- und Spanndienste, behuf des Baues der Kirche und des Küsterhauses zu Wahrenholz, sich lediglich auf eine Offi-
cialverfügung

cialverfügung desselben gründet; dergleichen administrative Anordnungen der Landesconsistorien, in kirchlichen und geistlichen Güterangelegenheiten aber, bei den coordinirten Verhältnissen derselben, mit den höhern Landes-Civilgerichten, überall nicht zur Competenz und Dijudicatur der letztern geeigenschaftet sind, vielmehr sich lediglich zu einer Berufung an das höchste Tribunal qualificiren; die opponirte Einrede des nicht zuständigen Gerichtsstandes mithin als vollkommen begründet erscheint; so werden die Kläger mit ihren gemachten Anträgen von hier ab, und an die competente Behörde verwiesen, und daneben verurtheilt, die dem Beklagten verursachten Kosten zu erstatten.

CXX. Erörterung.

Die Kinder können ihr mütterliches Vermögen vom Vater abfordern, wenn sie von ihm aus der väterlichen Gewalt entlassen sind.

Es liegt in dem Begriffe der väterlichen Gewalt, und in den gesetzlichen Bestimmungen derselben, daß der Vater seine Kinder physisch und moralisch glücklich machen, und für die Erhaltung ihres Vermögens sorgen muß. Alles, was darauf Bezug hat, und zur Erreichung dieser Zwecke erforderlich ist, pflegt man heut zu Tage die natürliche Vormundschaft des Vaters — tutelam paternam — zu nennen[1]). Die mit der väterlichen Gewalt verknüpften Rechte sind indeß viel umfassender und ausgedehnter, als die eines bloßen Vormundes, über vaterlose Unmündige und Minderjährige, und daher kann man auch die Grundsätze der Vormundschaft nicht durchgehends auf jene anwenden[2]). Wer einen Vater hat, bedarf keines Vormundes[3])! Daher können auch die ehelichen Kinder desselben

1) Ganz verschieden von der alten legitima parentum tutela der Römer.

2) a Pufendorf Tom. 4. obs. 153. Glück im Commentar §. 909. Leyser Spec. 164 m. 1.

3) In rechtlichen Geschäften, wo zwischen dem Vater und den unmündigen oder minderjährigen Kindern ein getheiltes Interesse obwaltet, wird quoad hunc actum für die letztern ein besonderer Vormund, oder Curator, bestellt.

in der Regel nicht anders unter den unmittelbaren Schutz der Obrigkeit, durch Bestellung eines Vormundes oder Curators, kommen; als wenn der Vater die väterliche Gewalt, aus physischen oder moralischen Ursachen, nicht auszuüben vermag.

An den Adventitien, und besonders auch an dem mütterlichen Vermögen der Kinder hat der Vater, Kraft seiner väterlichen Gewalt, ein gesetzliches Verwaltungsrecht, welches zugleich mit einem Benutzungsrechte dieser Güter verknüpft ist [4]). Beides dauert, wie das Gesetz bestimmt [5]), so lange fort, bis die Kinder ein solidum perfectumque dominium daran erlangen. Dieser Zeitpunct tritt der Regel nach mit dem Erlöschen der väterlichen Gewalt ein; denn mit der Ursache hören auch die Wirkungen auf. Bei den Römern ward dieselbe, bei des Vaters Lebzeiten, insonderheit durch Emancipation, und bei den Deutschen wird sie, durch abgesonderten Haushalt bei Söhnen, und bei Töchtern, durch Heirath, besonders wenn mit derselben eine eigene Oeconomie verknüpft ist, aufgelöst. Daß von dieser Periode an, der väterliche Nießbrauch an den bonis maternis und den sonstigen Adventitien hinwegfällt, ist zweifellos [6]); aber nicht so ausgemacht ist es*), ob dadurch auch das Verwal-

4) L. 6. pr. C. de bonis, quae liberis in patria potestat. constit. a Pufendorf Tom. 1. obs. 98. Tom. 2. obs. 115. Glück im Commentar §. 136 u. 910. Runde Privatr. §. 620.

5) L. 1. C. de bonis maternis.

6) a Pufendorf l. c. §. 15. u. 19. Tom. 1. Obs. 99 §. 10. Glück a. a. O. Runde a. a. O. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 314.

*) Leyser Spec. 164. m. 4. Hommel Rhaps. Quaest. Obs. 171. u. 667. von Globig über die Grenzen der väterlichen Gewalt S. 123 f.

tungsrecht des Vaters, über das mütterliche Vermögen der von seiner potestas zwar befreieten, aber noch minderjährigen Kinder aufhört, oder ob dasselbe bis zu deren erreichten Majorennität fortdauert? Letzteres würde man anzunehmen haben, wenn das väterliche Verwaltungsrecht als ein Ausfluß der Vormundschaft zu betrachten wäre; da aber dasselbe seinen gesetzlichen Grund nur allein in der väterlichen Gewalt hat; so muß es auch aufhören, wenn dieselbe ihre Endschaft erreicht hat.

Der Sohn wird, wenn er der väterlichen Beihülfe und Unterstützung nicht mehr bedarf, und mit Einwilligung des Vaters eine eigne Gewerbs- und Haushaltsführung eingerichtet hat, zu allen bürgerlichen Handlungen[7]), und mithin auch zur Verwaltung seines eignen Vermögens fähig; die Tochter tritt, durch ihre Verheirathung[8]), aus der väterlichen, in die gesetzmäßige Maritalgewalt ihres Ehemannes, der ihr Dotalvermögen nutzt und verwaltet, und, mit ihrer Einwilligung, auch das Parapheralvermögen derselben administrirt und benutzt, wenn sie sich nicht die eigne Disposition und Administratien desselben ausdrücklich vorbehalten hat. Eine fortdauernde vormundschaftliche Verwaltung des Vermögens seiner, aus der väterlichen Gewalt entlaßnen Kinder, bis zu deren Volljährigkeit, ist in den Gesetzen dem Vater nicht beigelegt, und dürfte oft auch nur dazu dienen, die Ruhe und den Frieden der Familie zu zerstören[9]). Die sogenann-

7) M. s. nro. 38 d. Bds.

8) Abweichend vom gemeinen Rechte wird hin und wieder bei Frauenspersonen, die Verheirathung auch als Zeitpunct der Volljährigkeit angenommen. Runde Privatrecht §. 296.

9) Sehr treffend bemerkt deßhalb a Pufendorf Tom. 1. obs. 99. §. 8.: nec posse duorum imperiorum pugnam in eadem domo consistere.

te natürliche Vormundschaft des Vaters muß also mit der Entlassung der Kinder, aus seiner Gewalt, von selbst aufhören; indem sie seines unmittelbaren Schutzes nicht weiter bedürfen [10]). Damit stimmt auch die Praxis völlig überein. Für einen, bei des Vaters Leben, förmlich etablirten minorennen Sohn, für eine von ihm verheirathete minderjährige Tochter wird, nach seinem Ableben, kein besonderer Vormund obrigkeitlich bestellt; aber die, nach des Vaters Tode erst etablirten Söhne, oder verheiratheten Töchter bleiben, in Hinsicht der Verwaltung ihres Vermögens, unter der obrigkeitlich angeordneten Vormundschaft so lange, bis sie die Volljährigkeit erreicht, oder veniam aetatis erlangt haben; weil regelmäßig nur hierdurch die Vormundschaft beendigt wird [11]).

Die aus der väterlichen Gewalt dimittirten, wenn gleich noch minderjährigen, Kinder können daher vom Va-

10) Die Vorschrift des R. A. v. J. 1577. Tit. 32, nach welcher den Pupillen und Minderjährigen Vormünder und Vorsteher (Curatoren) obrigkeitlich bestellt werden sollen, ist nur von solchen Pupillen und Minderjährigen zu verstehen, deren Vater verstorben ist, oder aus andern Gründen seine potestas nicht exerciren kann. Die Disposition der Lüneburgischen Polici-Ordn. Cap. 30. §. 48, wornach die heirathende Mannsperson mit dem 22sten Jahre, die Jungfrau oder Magd aber, mit dem 18ten Jahre, ihrer Güter mächtig seyn sollen, ist außer Gebrauch gekommen. a Pufendorf in proc. civ. Br. Luneb. P. 1. c. 18. §. 4.

11) Daher kann auch der Ehemann nicht zu ihrem Curator obrigkeitlich bestellt werden. a Pufendorf Tom. III. obs. 183. Durch die Aufhebung der väterlichen Gewalt hören zwar die damit gesetzlich verbundenen Folgen auf; aber die iura et beneficia aetatis gehn dadurch nicht verloren. S. Nr. 38. d. Bds.

ter ihr eignes Vermögen abfordern, und darüber nach eignem Gefallen so wohl unter den Lebendigen, als auf den Todesfall disponiren. Hiernach ist auch vom Königl. Oberappellationsgericht[12]), und noch neuerlich von der Zellischen Justiz-Canzlei, im November 1822, in Sachen des Salzsieders Menke, uxorio nomine, w. den Schneidermeister Schmidt, in pto maternorum, dahin erkannt: Alldieweil die dem Vater an dem mütterlichen Vermögen seiner Kinder zustehenden gesetzlichen Nutzungs- und Verwaltungrechte überall nicht nach den Grundsätzen einer wahren Tutel oder Curatel zu beurtheilen, sondern lediglich als Ausflüsse der ihm über seine Kinder zustehenden väterlichen Gewalt zu betrachten sind, welche mit dem Aufhören derselben von selbst erlöschen; bekannten Rechten nach aber die Töchter, sie mögen minorenn oder majorenn seyn, durch ihre Verheirathung aus der väterlichen Gewalt heraustreten; der Appellat mithin verbunden ist, seiner, unter Anstellung einer besondern Haushaltung, verheiratheten Tochter, die Substanz ihres ererbten mütterlichen Vermögens herauszugeben und abzutreten — daß daher übel gesprochen und wohl appellirt, mithin der Appellat, unter Aufhebung der Entscheidung des Magistrats zu Dannenberg vom 14ten Sept. 1821, schuldig sey, seiner Tochter, der Appellantin, deren gesammtes mütterliches Vermögen, binnen 6 Wochen, und zwar mit Verzugszinsen zu 5 pC. von Zeit erhobener Klage[13]), abzutreten und auszuantworten.

12) Die Erkenntnisse bei von Ramdohr in den jurist. Erfahrungen B. 2. S. 607 ff.

13) Der Antrag der Appellantin war hierauf beschränkt. Sonst müssen die Verzugszinsen von der Zeit der angestellten eignen Haushaltung, oder der Tochter Verheirathung, berechnet werden. a Pufendorf Tom. 1. obs. 98. §. 15. Tom. II. obs. 66. u. 115. Hommel l. c. obs. 667. n. 10 seqq.

CXXI. Erörterung.

Die Herrschaft kann durch ihre Domestiken Zunftwaaren, zum eignen Gebrauch, verfertigen lassen, und die Innungen sind nicht befugt, solches zu untersagen.

Der in den Gildebriefen, Innungsartikeln, Privilegien u. s. w. den verschiedenen Handwerkern ertheilte Zunftzwang[1]) erstreckt sich, nach den allgemeinen Grundsätzen desselben, und des Handwerksrechts, nur auf diejenigen Handwerks- oder kunstmäßigen Artikel und Arbeiten, welche für dritte Personen und gegen Bezahlung verfertigt werden, und wider Personen, die nicht zum Handwerk gehören. In der Regel, und wo nicht besondere Gesetze, Privilegien, oder erweisliches Herkommen ein Anderes bestimmen, ist es durch den bloßen Zunftzwang Niemand verboten[2]), alle Arten von Arbeiten, welche sonst den Gilden und Innungen ausschließlich zustehn, zu seinem eignen, und seiner Familie Privatgebrauche entweder selbst anzufertigen, oder durch seine, zünftig oder nicht zünftig gelernten, Dienstboten verferti-

1) Danz Handb. des deutschen Privatr. §. 467. Ortloff Recht der Handwerker S. 328 ff. Merbach Theorie des Zunftzwanges oder des Zunftverbietungsrechts. Leipz. 1808.

2) M. s. Meine Samml. der Hannov. Landesverordnungen J. 1817. St. 1. S. 149 u. 226.

gen zu lassen[3]. Ohne Zweifel können daher auch Fabrikherren, Weinhändler, Bier- und Essigbrauer, Branteweinbrenner, Landwirthe u. s. w. die zu ihrem eignen Gewerbsbetriebe und Gebrauche erforderlichen Geräthschaften, Arbeiten, Gefäße und dergleichen, wenn deren Anfertigung auch sonst den Handwerksinnungen ausschließlich angehört, durch ihre Dienstboten und bebrodete Dienerschaft, vermöge der natürlichen Freiheit, verfertigen lassen. Aber diese Befugniß darf doch nicht so weit, zum Nachtheil der Handwerker und städtischen Nahrung, ausgedehnt werden, daß es auch erlaubt seyn könnte, dergleichen Arbeiten, Gefäße und Geräthschaften, neben den Hauptgegenständen des eigentlichen Verkehrs und Gewerbes, ohne welche dasselbe nicht betrieben werden kann, zugleich zum Handel zu gebrauchen oder an die Abnehmer und Consumenten mit zu verkaufen. Dann würde die Verfertigung solcher Gegenstände ein Nebengewerbe abgeben; sich nicht bloß auf den eignen Gebrauch beschränken; für dritte Personen geschehn; mithin eine offenbare Stöhrung des Zunftzwanges darin liegen, und das Widerspruchsrecht der Innungsgenossen begründet seyn[4]. Nach diesen Grundsätzen hat das höchste Tribunal, am 18ten Mai 1818, in Sachen des Brauers Meyer zu Hannover, wider das Böttcheramt daselbst, geurtheilt.

3) Overbeck Medit. für Rechtsgelehrte B. 7. n. 372. Dadurch wird aber das Einschreiten der Policeigewalt nicht verhindert, wenn durch die Art, oder Behandlung der Arbeit, das Publicum einer merklichen Gefahr ausgesetzt werden sollte. Ortloff a. a. O.

4) Eine andere Ansicht möchte die Sache erhalten, wenn z. B. ein Fabrikant seine Gefäße den Consumenten nicht verkauft, sondern nur, etwa gegen eine kleine Vergütung, zum Transport leihet, oder überläßt. Die Policeigewalt hat aber auch in solchen Fällen das Recht dergleichen Gefäße, wegen des gesetzlichen Maaßes, unter ihre besondere Aufsicht zu stellen. v. Berg Policeirecht B. 1. S. 336 f.

CXXII. Erörterung.

Von dem Rechte, die Bienenschwärme einzufangen.

Nach dem römischen Rechte sind die Bienen wilder Natur, und es werden daher die Grundsätze von der Occupation der wilden Thiere auch auf die Bienenschwärme angewendet [1]): Examen — Bienenschwarm — quoque, quod ex alveo — Bienenkorb — tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis persecutio ejus est, alioquin occupantis sit. Auch darf der Eigenthümer des Schwarms, den Grund und Boden eines Andern, ohne dessen Einwilligung, nicht betreten, um ihn einzufangen: Plane integra re, si praevideris ingredientem fundum tuum, poteris eum iure prohibere, ne ingrediatur [2]).

Das alte Sachsenrecht bestimmt gleichfalls, und zwar ohne Einschränkung, ob derselbe außer des Eigenthümers Gesicht gekommen ist, oder nicht, daß, wenn ein Bienenschwarm aus eines Mannes Hofe, oder Hause, zu seinem Nachbar flöge, dieser den Schwarm zu behalten mehr be-

1) Höpfner Commentar über die Institutionen §. 300.

2) §. 14. J. de rerum divisione. A. M. ist von Wening-Ingenheim im Lehrbuch des gem. Civilrechts B. 1. §. 35.

3) Sächs. Weichbild Art. 120.

rechtigt sey, als jener; weil die Biene als ein **wilder Wurm** angesehn werden müsse[4]).

Aber bei dem Mangel besonderer Landesgesetze[5]), Landesobservanzen, oder Lokalherkommen[6]) ist ohne Zweifel das römische Recht hierbei zu befolgen, nach welchem ein, aus dem Korbe weggeflogener Bienenschwarm, nur so lange dem Eigenthümer gehört, als er noch in dessen Gesichte ist, und von ihm leicht verfolgt werden kann; widrigen Falles gehört er aber dem, der sich desselben bemächtigt hat. Die Justiz-Canzlei zu Zelle erkannte hiernach, am 8ten Jan. 1823, in Sachen **Bartels** w. **Behrens**, wegen eines Bienenschwarms: Wenn nun die Bienenschwärme, in so fern nicht etwa eine entgegenstehende Observanz existirt, zufolge gemeinrechtlicher Bestimmungen, zu den rebus nullius in so weit gehören, als sie dem Eigenthümer aus dem Gesicht gekommen, und von ihm nicht leicht weiter zu verfolgen sind, bei solchen mithin der Erwerb durch Occupation vollkommen stattnehmig ist, und der Querulant daher das Eigenthum des fraglichen Schwarms dadurch, daß er ihn eingefangen, gar wohl erwerben können; einfolglich die vorliegende Sache im Wege des Civilprocesses zu verhandeln, keinesweges aber eine

4) Der **Glossator** des Weichbildes sucht — als großer Verehrer des röm. Rechts — dasselbe mit dem Texte des Weichbildes zu vereinigen, und auch **Struv** in iurispr. lib. 2. tit. 1. §. 26. und in Syntagm. iur civ. Ex. 41. §. 16. findet zwischen beiden keine Verschiedenheit. Aber das Gegentheil behaupten **Carpzov** P. 4. c. 36. dec. 4. **Thomasius** in Annot. pract. ad **Strauchii** dissert. 6. §. 28. u. **Deneken** Dorf- und Landrecht Th. 1. S. 238.

5) **Preuss.** Landrecht. Th. 1. Tit. 9. §. 121 ff.

6) **Pract. Erörter.** B. 2. Aufl. 2. S. 114. 123. 127. 131. 133. **Mein** Landwirthschaf.srecht §. 284.

Art des inquisitorischen Verfahrens einzuleiten war, noch weniger aber von einer Criminaluntersuchung [7]) hier die Rede seyn konnte; Und daher gegenwärtiges Rescript ex capite nullitatis erkannt ist, so hat das Amt F., mit Beisetzung seines null und nichtigen Verfahrens, dem Querulanten den Weg Rechtens zu eröffnen, die Sache jedoch, wegen Geringfügigkeit derselben, nur protocollarisch unter den Partheien verhandeln zu lassen, und sodann weiter zu erkennen w. R.

Der Waldbienenbestand wird übrigens zur Forstgerechtigkeit gezählt, und daher darf Niemand, ohne Einwilligung des Forsteigenthümers, die wilden Bienen und den Honig hinwegnehmen; weil auch den Bäumen, durch Ausdämpfung und Aushauen der Stöcke, ein Schaden zugefügt wird [8]).

7) In wie fern die Vergiftung der Bienen ein criminelles Vergehn ist, a Pufendorf Tom. 3. obs. 93.

8) Maurer Forst- und Jagdrecht S. 57. Krebs de ligno et lapide P. 1. Aess. 4. Sect. 1. §. 9.

CXXIII. Erörterung.

Von dem Bienenzehnten.

Zu den vielen landwirthschaftlichen Gegenständen, welche die Aufmerksamkeit des Königs, Georg III., beschäftigten [1]), gehörte auch die Bienenzucht und das Bienengewerbe in Seinen deutschen Staaten. In dieser Beziehung erließ der König folgendes Rescript an Seine Rentcammer zu Hannover:

Georg der Dritte rc.

Wir haben eure, wegen der Bienenzucht in Unsern dortigen Landen, unterm 10ten hujus erstattete unterthänigste Relation zurecht erhalten, und wie Wir daraus gerne ersehen, daß dieses so gemeinnützige Gewerbe im Bremenschen und Verdenschen, auch Zell- und Hoyaischen, welche Lande dazu vorzüglich eine bequeme Lage haben, bereits von solchen Umfange ist, daß die Anzahl ganzer Bienenzäune in den sämmtlichen Cammer-Aemtern über 2000, der einzelnen Bienenstöcke aber an die 110,000 hinangehet, und daß das völlige Capital von der ganzen Anlage eine Summe von 400,000 Rthlr. beträget, durch den Ueberschuß aber von diesem Gewerbe und dem Honig- und Wachs-Handel dem Lande jährlich eine Summe von 60 — bis 80,000 Rthlr. zufließet; Also lassen Wir Uns auch eure Bemühung, ein so nützliches Werk zu noch mehrer Aufnahme zu bringen, zu gnädigstem Wohlgefallen gereichen, und approbiren hiemit die von euch vorgeschlagene, auf die Anlegung neuer Bienen-Zäune zu setzende Beloh-

1) Cellische Nachrichten für Landwirthe, herausgegeben von Schaake B. 1. St. 3. Hannover 1822. S. 5 ff.

nungen dergestalt, daß drei= bis vier Tausend Thaler in den nächsten 10 Jahren dazu auf die angeführte Weise verwandt, mithin von der ersteren, in jeglichem Amts=Districte, zum Stande gebrachten ganzen Lage von 40 Körben 20 Thaler, von einer halben zu 20 Körben 10 Thaler, und von dem vierten Theil einer Lage zu 10 Körben 5 Thaler, als eine Premie ausgelobet und verabreicht werden; Wogegen die Erlassung an den bisherigen Cammer=Abgifften, oder deren Verminderung, obgleich selbige nur an einige wenige Hundert Thaler hinangehen wird, vor das erste annoch auszusetzen ist.

Ihr habt also das nöthige desfalls zu verfügen, und da Wir stets geneigt sind, alle Arten nützlicher Gewerbe von den Landes=Producten möglichst zu befördern; So wird Uns lieb seyn, wenn ihr hierauf die fernere Attention richtet, und zu desto mehrerer Aufmunterung ein und andere Premien in Vorschlag bringet; gestalten Wir denn solche gnädigst gern verwilligen werden.

Wir genehmigen übrigens, daß ihr über die Beförderung der Bienenzucht in Rücksicht der daran Theil habenden Landschaften auch mit Unserer Landes=Regierung in weitere Berathschlagung tretet, und verbleiben euch mit wolgeneigtem und gnädigstem Willen stets beigethan.

St. James, den 20sten September 1765.

In Gemäßheit dieses Königl. Rescripts erließ die Rentcammer, am 10ten Octob. 1765, ein allgemeines Ausschreiben[2]) an die Domanial=Beamten. Im Jahr 1820 entstand aber, zwischen der Rentcammer, und den Eingeseßnen zu Volkmarst, Gerichts Beverstedt,

2) Abgedruckt in den Hannover. Anz. v. J. 1765 St. 87. und in Spangenberg Samml. Th. 2. S. 131.

darüber ein Rechtsstreit: ob, nach dem §. 5 jenes Ausschreibens, die Verpflichtung der Bienenzehntpflichtigen, den Zehnten in natura zu leisten [3]), in perpetuum aufgehoben und mithin der Zehntherr schuldig sey, sich statt dessen mit Gelde abfinden zu lassen? welchen das Königl. Oberappellationsgericht, am 4ten März 1823, dahin entschieden hat: Nachdem das Ausschreiben unserer Rentcammer vom 10ten Oct. 1765 ordnet: daß an den Orten, wo ein wirklicher Natural-Abzug des zehnten Korbes für die Herrschaft, als Zehntherrn, üblich gewesen, selbiger aufgehoben, uud statt dessen ein sonst gewöhnliches Zehntgeld abgetragen werden solle; diese öffentlich bekannt gemachte, und durch die Beamten den Unterthanen eröffnete, in Gemäßheit des Königl. Rescripts vom 20sten Sept. 1765, erlaßne Verfügung aber, nicht bloß eine, jenen ertheilte Instruction, sondern zugleich eine, zu Gunsten der Zehntpflichtigen, von Seiten der die Zehntherrschaft vertretenden Behörde, geschehene Verzichtleistung auf die Naturalentrichtung des Immenzehntens enthält, welche einseitig nicht zurückgenommen werden kann; mithin die gegen die Imploraten, auf Natural-Prästation des Immenzehnte is, gerichtete Klage sich als unbegründet darstellt [4]); der Betrag des Zehntgeldes aber, in dem gedachten Ausschreiben durch den Ausdruck: „ein sonst gewöhnliches Zehntgeld," zunächst von dem Herkommen eines jeden Orts abhängig gemacht, und in solcher Hinsicht den Imploraten der Beweis: daß solches in ihrer Ortschaft 4 ßl. für jeden Bienenstock betrage, auferlegt worden ist; So kann dem Gesuche nicht deferirt werden.

3) Pract. Erörter. II. 7. §. 11. V. S. 269. Handb. des Landwirthschaftsrechts S. 488.

4) Wenn aber die Imker seit 1765 stets den Immenzehnten in natura gegeben haben, so können sie denselben auch nicht einseitig in ein Zehntgeld verwandeln und umschaffen.

CXXIV. Erörterung.

Von den sogenannten Pröven, welche der Geistlichkeit an Schinken und Schultern zu entrichten sind.

Nach der Kirchenordnung des Fürstenthums Lüneburg[1]) ist die Natural-Schinken und Schultern-Prästation, da wo sie hergebracht ist, an die Prediger und Küster, ausdrücklich bestätigt, und vorgeschrieben, daß sie geleistet werden soll, so bald ein Einwohner nur vermögend ist, ein Schwein zu mästen, ohne Unterschied zwischen ganzer, halber, oder Sprangmast. Nur den Mittellosen ist es nachgelassen, welche ihrer kundbaren Armuth wegen, nicht selbst einschlachten können, ein herkommliches Geldäquivalent zu geben. Das Daseyn eines solchen Herkommens wird durch Zugeständniß, Zeugenkundschaften und Urkunden, z. B. Lagerbücher, Erbregister, General- und Special-Kirchenvisitations-Protocolle[2]) u. s. w. nachgewiesen.

Die Behauptung der Pflichtigen: daß sie zu der Abgabe nicht verbunden wären, wenn in dem Jahre kein

1) Kap. 12 §. 12 u. 13. Von den übrigen Provinzen, in welchen sie Gesetzes Kraft hat s. m. nro. 42 d. Bs.

2) Die Letztern werden in Gemäßheit der kirchlichen Vorschriften, und unter der öffentlichen Auctorität der Consistorien aufgenommen und an Letztere geschickt. Schlegel Kirchenrecht. Th. 2. S. 498 ff.

Mastvorrath vorhanden gewesen sey; oder daß sie nur dann Schinken und Schultern in natura zu leisten verpflichtet seyn wollen, wenn Mast vorhanden gewesen ist, verdient keine rechtliche Rücksicht; weil weder die eine, noch die andere Limitation, nach der allgemeinen Vorschrift der Kirchen-Ordnung, begründet werden kann. Ganz unerheblich ist aber der gewöhnliche Einwand der Verpflichteten, daß dies Prästandum nur aus Güte und Gefälligkeit gegen ihre Geistlichen von ihnen abgeleistet sey; denn schon an sich ist die Continuation einer solchen Abgabe dem Charakter einer bloßen Liberalität zuwider.

Zwar hängt es ohne Zweifel von dem zeitigen Prediger und Schullehrer ab, ob sie, statt der Naturalabgabe, mit einem Geldsurrogate zufrieden seyn wollen; allein durch eine solche, ohne Zustimmung des Consistorii, getroffne Uebereinkunft wird dem Prediger- und Schullehrerdienste selbst, mithin den Nachfolgern im Amte, nicht präjudicirt, und überhaupt kann eine Naturalprästation, wenn von deren ursprünglichen Leistung constirt, nur durch qualificirte Verjährung in ein Geldsurrogat verwandelt werden[3]). Die Zellische Justiz-Canzlei erkannte hiernach am 8ten Decemb. 1820 in Sachen Anwaldes der Pfarre und Küsterei zu Düshorn w. die Eingepfarrten daselbst, wegen Naturallieferung der Schultern und Schinken, auf folgende Weise: Demnach die Beklagten nicht in Abrede stellen, daß sie der Geistlichkeit zu Düshorn eine jährliche Abgabe an Schinken und Schultern zu prästiren verbunden sind, und die Behauptung, daß die, außer der Mastzeit geschehene Vergütung, von 18 Mgr. das Stück, bloß ein freiwilliges Geschenk sey, wozu sie nicht verpflichtet wären, so wenig erwiesen, als wenig nur mit einem, einigermaßen

3) a Pufendorf II. 71. Struben de iure Vill. cap. §. 21. Pract. Erörter. I, 29.

germaßen wahrscheinlichen Grunde bekräftigt ist; außerdem aber, wenn es auch der Fall wäre, solches dennoch, zur Abwendung der Verpflichtung zur Naturalpräſtation, ganz unerheblich seyn würde, da die Schuldigkeit zu dieser Abgabe selbst außer Zweifel ist; nach der Lüneburgischen K. O. Kap. 12. §. 12 aber in dem Falle, wenn die Verpflichtung zur Abgabe selbst nicht bestritten, oder außer Zweifel ist, solche jedesmal, es mag Mast vorhanden gewesen seyn, oder nicht, in natura geleistet werden soll, und nur diejenigen, statt derselben, ein Geldäquivalent von 18 Mgr. für jedes Stück zu entrichten befugt seyn sollen, welche, wegen notorischer Armuth, sich außer Stande befinden, ein Schwein zu feisten und einzuschlachten; die dawider gemachte Einrede endlich, daß Beklagte, wenn keine Mast vorhanden, auch zur Natural-Präſtation nicht schuldig wären, so wohl durch die allegirte Stelle der K. O., als auch deßhalb sich als unstatthaft darstellt; weil eine jede Verpflichtung zur Natural-Präſtation, durch die gleichförmig eine lange Zeit hindurch geschehene Vergütung mit Gelde, in eine Geldpräſtation nicht umgewandelt wird; so werden Beklagte, mit Ausnahme derjenigen, die wegen kundbarer Armuth dazu außer Stande sich befinden, schuldig verurtheilt, es mag Mast vorhanden seyn, oder nicht, dem Prediger und Küster künftighin die Schinken und Schultern in natura zu liefern; auch denselben, seit erhobener Klage, dafür billige Entschädigung zu leisten.

Das höchste Tribunal bestätigte dies Erkenntniß, am 2ten Dec. 1822, dahin: Da die ursprüngliche allgemeine Verpflichtung der Imploraten, die Schinken und Schultern in natura zu liefern, nicht zu bezweifeln steht; die Annahme eines Geldäquivalents aber als eine res merae facultatis zu betrachten ist, wogegen der Beweis, selbst einer unvordenklichen Verjährung, als unzulässig sich darstellt; so u. s. w.

CXXV. Erörterung.

Von der Verjährung der Lehnsvindicationsklage.

Die Verjährung der Lehnsvindications- und Revocatorienklage — die letztere unterscheidet sich von der erstern nur dadurch, daß sie dem jedesmaligen Lehnsfolger erst von dem Zeitpuncte an zusteht, wo ihm das Lehn anfällt — ist bei dem Mangel bestimmter Lehnsgesetze, nach den im römischen Rechte enthaltenen Regeln, über die Verjährung der Reivindication, zu beurtheilen.

Das Longobardische Lehnrecht liefert über die Lehnsverjährung nur folgende Hauptbestimmungen: daß 1) wider den Lehnherrn, ohne dessen Einwilligung eine Lehnsveräußerung unternommen ist, jede Verjährung wegfallen [1]); 2) zur Constitution eines Lehns, ohne vorgängige förmliche Belehnung, ein Zeitraum von 30 Jahren erforderlich [2]); 3) die Retractsklage, auf ein Jahr, von der Zeit der erfahrnen Alienation angerechnet, beschränkt, und nach 30 Jahren erloschen seyn soll, ohne Unterschied, ob der Retrahent von der Lehnsveräußerung Kenntniß und Wissenschaft erlangt hat, oder nicht [3]). Daneben ge-

1) II. F. 40. u. 45. pr. M. s. insonderheit hierbei von Dalwigk pract. Erörter. S. 192 ff.

2) II. F. 26. §. 4. Weber Handb. des Lehnrechts §. 199 ff. Eichhorn deutsches Privatr. §. 209.

3) II. F. 9. §. 1. II. F. 26. §. 13. Weber a. a. O. §. 284.

statten aber auch die gemeinen Lehnrechte dem Vasallen, Behuf Verfolgung des Lehns, die Vindication[4]) und weisen den Richter an [5]), in den Fällen aus dem römischen Rechte die Bestimmungen zu entnehmen, welche in den Lehnstexten nicht begriffen sind. Alle Principien des gemeinen Rechts von der Vindication, finden daher auch für und wider den Vasallen statt, welcher sich derselben bedient.

Bekanntlich erstreckt sich die Dauer der Vindicationsklage auf 30 Jahre [6]), wenn nicht der Besitz oder Quasi-Besitz der in Anspruch genommnen Sache, Kraft eines gerechten Titels, und guten Glaubens, 3. 10. oder 20 Jahr fortgesetzt, und auf die Weise das Eigenthum derselben dem Besitzer früher erworben ist [7]). In den römischen Gesetzen [8]) wird jedoch diese Ausnahme auf den Fall beschränkt, wo nicht ein malae fidei possessor die Sache veräußert, und dem wahren Eigenthümer so wohl sein Recht, als die Alienation unbekannt geblieben ist; da sodann, ungeachtet des guten Glaubens

4) II. F. 8. pr.

5) II. F. 1. pr. Meine Einleit. in das Lehnrecht §. 44.

6) L. 30. C. de praescript. 30 annor.

7) §. 1. J. de usucap. L. 4. pr. D. de alienat. iudic. mut. caussa. L. 7. C. de hereditat. petit. Cocceji ius controv. Lib. 44. tit. 3. qu. 2. Stryk de act. Sect. 3. m. 2. ax. 1. Menke Syst. iur. civ. L. 6. tit. 1. §. 1. und insonderheit Thibaut von Besitz und Verjährung §. 45.

8) Nov. 119. c. 7. Anth. bonae fidei C. de praescript. longi temp. Eben dies bestimmt das cap. extraord. II. F. 87., welchem zwar in Deutschland keine Gesetzkraft eingeräumt wird; aber in so weit es dem unbestimmten ordentlichen Lehnstexte — II. F. 26. §. 4. — zur Erläuterung dient, doch immer Rücksicht verdient. Meine Einleitung a. a. O. §. 41.

und gerechten Titels, der Ablauf von 30 Jahren zur Präscription erfordert wird.

Sehr viele Feudisten wollen zwar, in Absicht der Lehnsvindication, nur einer Verjährung von 30 Jahren, wo keine längere Verjährungszeit erforderlich ist [9]); andere aber, unter den obigen Erfordernissen, von 10 oder 20 Jahren statt geben [10]). Bei dem im gemeinen Lehnrecht hierüber vorhandenen Stillschweigen, muß der Streit aus dem römischen Rechte entschieden werden. Wenn daher ein Dritter ein bestelltes Lehn iusto titulo — durch Kauf, Erbfolge, Vermächtniß u. s. w. — und bona fide, — also unbekannt und unwissend des damit verknüpften Lehnsverhältnisses — erworben und 10 oder 20 Jahr ruhig besessen hat, so hat er dasselbe durch Präscription adquirirt, und es wird, durch die früher erwerbende Verjährung, die an sich später erlöschende Präscription der Vindications- und Revocatorien-Klage ausgeschlossen [11]). Denn in einem solchen Falle erwirbt der Dritte das Lehnsgrundstück, oder die lehnbare Gerechtsame nicht als Lehn, oder getheiltes Eigenthum, sondern als Allodium [12]); zu der Allodialverjährung sind aber, unter den gesetzlichen Erfordernissen, nach dem gemeinen Rechte, 10 oder 20 Jahre hinreichend.

9) Weber a. a. O. §. 203.

10) Böhmer princ. iur. feud. §. 203. n. 5. Bitch Commentar p. 399. Cocceji Hypomnemata iur. feud. Tit. 8. § 2. und Langgut ad Coccej. tit. 8. §. 2. Art. 2. Hat ein Ascendent das Lehnsstück bereits durch vollendete und gesetzmäßige Verjährung verloren, so kann es der Descendent nicht reclamiren. Struv. Syntagm. iur feud. c. 13. aph. 18 n. 6. Pistor qu. iur. L. 2. qu. 8. n. 76. Schwendendörfer de act. succ. feudal. art. 3. §. 23. in f.

11) Thibaut a. a. O.

12) Von dem Unterschiede der adquisitiven Lehnsverjährung, welche stets eine Zeitfrist von 30 Jahren erfordert. II. F. 26. §. 4. und der adquisitiver Allodialverjährung, s. m. Weber a. a. O. §. 199.

CXXVI. Erörterung.

Von der Erweiterung des Beweissatzes auf neue Umstände, und der Uebergehung erheblicher Thatsachen in demselben.

Die Erweiterung eines Beweissatzes hält von Pufendorf[1]) zulässig; aber er beschränkt sie mit Recht auf neue, bislang unbekannt gebliebene, und von den Partheien in den Acten noch nicht vorgebrachte, entscheidende Thatumstände. Sind die letztern in den Vorträgen der streitenden Theile schon vorgekommen, und haben sie sich darüber gegenseitig ausgesprochen; der Richter aber hat in seinem Beweisinterlocute nicht darauf geachtet, und sie zum Beweise nicht mitverstellt; so kann diesem Mangel nur durch den Gebrauch dagegen zu ergreifender Rechtsmittel, oder gültiger Restitutionsgründe abgeholfen werden. Verabsäumt die Parthei dieses Hülfsmittel, gehet das Interlocut in Rechtskraft über, und ist nach solchem der Beweis vielleicht schon gehörig angetreten, das Verfahren instruirt und beendigt, so kann der Gegner den Beweisführer nicht weiter mit Beweisen über Thatsachen belästigen, die er bereits kannte, oder die schon in seinen Vorträgen lagen. So bald das abgefaßte Zwischenurtheil die Rechtskraft erlangt hat, kann der Richter den, bei der Auflegung des Beweises begangenen Irrthum oder Fehler in der Regel nicht mehr ver-

1) Tom. 1. obs. 54. u. 56. Erörter. d. Bs.

bessern. Die Rechtskraft des ausgesprochnen Beweissatzes dient den Partheien zur unabänderlichen Richtschnur, selbst in nachtheiligen Bestimmungen für den Gegner des Beweisführers [2]). Die Theorie über offenbar irrelevante Beweise [3]) läßt sich auf bloß fehler- und mangelhafte, oder nachtheilige Interlocute nicht ausdehnen und anwenden. Man kann argumento e contrario nicht annehmen, daß die Uebergehung einer, zum Beweise nicht verstellten, erheblichen Thatsache eben so wenig der Rechtskraft fähig sey, als die Beweisauflage eines offenbar irrelevanten Umstandes, und daß daher dieser Fehler verbessert, und jene nachholungsweise annoch dargethan werden müsse. Zwischen völlig unerheblichen Beweisauflagen, und dem Uebergehen einer erheblichen Thatsache im Beweissatze, waltet immer ein wesentlicher Unterschied ob. Wird der erstern auch beweisend genüget, so kann doch daraus keine folgerechte adplicatio iuris ad factum geschehen, mithin keine rechtliche Verbindlichkeit daraus erwachsen. Im letztern Falle tritt aber der Richter nur einer der Partheien zu nahe, und wenn ein solches Interlocut rechtskräftig geworden ist, so liegt jener Fehler oder Irrthum zwar allerdings ebenfalls in der richterlichen Reflexion; aber es muß doch, vermöge der Rechtskraft, angenommen werden, daß der Richter den übergangenen, wenn gleich erheblichen Thatumstand, dessen Richtigkeit noch nicht erwiesen ist, für nicht entscheidend, oder

2) Hiernach erkannte das höchste Tribunal in einem an die Zell. Justizcanzlei, am 28sten Nov. 1823, in Sachen Gifhorn c. Dannenbüttel, pto Pfandung, erlaßnen Rescripte. Martin Proceß §. 170. Danz Proceß §. 233. Elsaesser disp. selecta capita exhibens de probat. et reprobat. Erlang. 1782. §. 21.

3) Martin a. a. O. Die Theorie desselben ist in unsern Gerichtshöfen nicht in ihrer vollen Allgemeinheit, sondern vorzüglich nur in Absicht der Eide angenommen. Pract. Erörter. B. VI. nro. 37. u. 101.

ohne Einfluß und Erfolg auf die Auseinandersetzung beider Theile erachtet, und ihn daher übergangen, oder als ein bereits vorhandenes Resultat angesehen hat. Beruhigen sich die Partheien hierbei, so nehmen sie ohne Zweifel die Ansicht des Richters für richtig an, und erklären dadurch zugleich, daß sie den Ausgang ihres Rechtshandels, nicht von dem übergangenen Thatumstande, sondern nur von dem zum Beweise ausgestellten Factum haben abhängig machen wollen. Nach der Theorie und der Praxis werden die rechtskräftigen Interlocute als bedingte Verurtheilungen, Freisprechungen, oder Abweisungen betrachtet, und daher kann das Definitiverkenntniß bloß als ein Product des Eintritts, oder Verfehltseyns dieser Bedingung angesehen werden; mithin nur die künftige Purification des Zwischenurtheils zum Gegenstande haben [4]). Die rechtskräftig gewordene Nichtauflegung eines Beweises, über gewisse in den Acten vorgekommne erhebliche Thatsachen, bringt dieselbe Wirkung hervor, als der bestimmte, rechtskräftige Ausspruch des Richters: des Beweises derselben bedarf es nicht [5])! Nach diesen Ansichten urtheilte die Zellische Justiz-Canzlei im Nov. 1823 in Sachen Delamme w. von Bülow in pto debiti und am 9ten März 1824 in Sachen Kraut c. Schnelle, in pto. Miethcontracts.

4) M. s. vorzüglich Mittermeier im Archiv für die civilist. Praxis B. 6. S. 166.

5) Man vergl. bei dieser Materie die schätzbare Abhandl. des Prof. Dr. Götz: Sollen Beweiserkenntnisse, mit oder ohne Fähigkeit zur Rechtskraft, noch ferner statt finden? im Archiv für die civilist. Praxis B. 6. S. 161.

CXXVII. Erörterung.

Wer auf seinem Grunde und Boden einen Brunnen, Canal oder eine Gosse also angelegt hat, daß dadurch des Nachbars Eigenthum beschädigt wird, muß dafür Ersatz, und für die Zukunft Sicherheit leisten.

Auf seinem Grunde und Boden hat Jedermann das Recht zu bauen, Brunnen zu graben, Canäle, Gossen oder Rinnen u. dgl. anzulegen, um den Abzug des Wassers, der Feuchtigkeiten u. s. w. zu veranlassen. Dazu bedarf es vom Nachbar keiner Dienstbarkeit. Niemand kann actione negatoria ein Verbietungsrecht wider den Nachbar, ne aedificat in Suo, behaupten, wenn dazu kein besonderer Rechtsgrund Veranlassung giebt. Oft werden aber des Nachbars Grundstücke durch dergleichen Anlagen, z. B. durch das Wasserschöpfen, Ausgießen, den Aufstau des Wassers, oder der Feuchtigkeiten, befeuchtet, besprützt, inundirt, oder sonst beschädigt. Indeß liegt darin nicht immer eine Immission, die freilich ohne Dienstbarkeit unzulässig und unerlaubt ist. Die verschiedenen Gesetzstellen [1]), worin der Ausdruck: immittere vorkommt, setzen voraus, daß nur derjenige fumum, aquam u. s. w. immittire,

1) L. 8. §. 5. D. si serv. vindic. L. 17. §. 2. D. eod. L. 2. §. 27. D. ne quid in loco publ.

tire, welcher durch ein Röhr, einen angelegten Rauchfang, oder Zug, einen Canal, Gosse, Rinne und dergleichen dem Rauche, oder Wasser einen solchen beständigen Abzug und Lauf giebt, wodurch er sie von sich selbst, auf des Nachbars Grund und Boden, und auf, oder in dessen Eigenthum ableitet. Dawider kann sich der, dem deßhalb keine Servitut obliegt, mit der actio negatoria schützen. Aber, wenn der Rauch nicht künstlich auf des Nachbars Gebäude geleitet, sondern durch den Wind dahin getrieben wird; wenn Jemand einen Canal, Gosse oder Rinne auf seinem Eigenthume anlegt, wodurch das Wasser nicht auf des Nachbars Grundstück geleitet wird, und solches, nach seinem natürlichen oder künstlichen Laufe und Abzuge dasselbe nicht berührt, so kann man nicht sagen, daß der Rauch oder das Wasser immittirt werde. Versprützen oder verschütten indeß dann und wann unvorsichtige Hände beim Schöpfen, oder Ausgießen des Wassers, das Fundament oder die Wände des nachbarlichen Gebäudes, oder wird dasselbe, durch unterlaßne gehörige Aufräumung des Canals, der Gosse, übermäßige Ausschüttung des Wassers u. dergl. zuweilen unter Wasser gesetzt, und beschädigt; so kann der Nachbar zwar nicht, mit der actione negatoria, die Entfernung oder Wegschaffung des Brunnens, Canals u. s. w. — weil sich der Eigenthumer schwerlich in solchen Fällen eine Dienstbarkeit anmaßen wird und kann[2]) —

2) L. 28. u. 29. D. de servit. praedior. urbanor. Zwar kann man wohl, ungeachtet der Subtilität des römischen Rechts — quae manu fiunt, caussam perpetuam non habent — die Servitut erlangen, Wasser auf des andern Grund und Boden auszuschütten, wenn das Ausschütten absichtlich geschiehet, um dem Wasser einen Abfluß zu verschaffen. Westphal de Servit. §. 550. Aber daraus, daß Jemand das Wasser an des Nachbars Gebäude gießt, vorsätzlich oder unvorsichtig, welches auf den eignen Boden zurückfällt, kann niemals ein Dienstbarkeitsrecht entstehn, wie die Natur der Sache, und alle von den Servituten redenden Gesetze lehren.

aber doch unstreitig mit der actio in factum de damno dato Entschädigung, und für die Zukunft, de damno infecto, Sicherheit fordern [3]). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß Niemand, ohne Servitut, berechtigt ist ein Werk anzulegen, wodurch die schädliche Feuchtigkeit beständig und natürlich an des Nachbars Wand oder Grundstück geleitet wird, daß solche dadurch madesciren und beschädigt werden müssen [4]). Nach diesen Grundsätzen erkannte die Cellische Justizcanzlei, im Jahr 1791, in Sachen Hövermann c. Schrader, in pto eines Brunnens, auf folgende Weise: Nachdem der Kläger und Appellant, daß der Beklagte und Appellat dem Wasser aus seinem Brunnen, und der solches nach dem Brauhause führenden Rinne einen Abfluß auf des Klägers Grund und Boden, oder an dessen Haus gegeben habe, so wenig zu zeigen vermogt, daß er vielmehr selbst den besorglichen Schaden lediglich dem, vom Beklagten gar nicht als eine Servitut behaupteten, unvorsichtigen Ausschütten des Wassers, bei dem Schöpfen aus dem Brunnen und Eingießen in die Rinne, zugeschrieben; mithin sich dawider actione negatoria zu schützen, und vom Beklagten den Beweis einer sich überall nicht angemaßten Dienstbarkeit zu fordern, keinen rechtlichen Grund hat; bei der aus den römischen Bau-Policeigesetzen [5]) abgeleiteten Klage aber, weder, daß solche in Absicht der darin vorgeschriebenen Entfernung der Brunnen von des Nachbars Gebäuden in der Stadt Uelzen in rechtsgültiger Observanz — darauf bei dergleichen Policei-Verfügungen allerdings zu sehen ist — befangen sey; noch die vom

3) L. 18. D. de servit. praedior. urbanor. Westphal l. c. §. 7.

4) L. 17. §. 2. D. de servit. praedior. urban. Westphal l. c. Glück Commentar §. 673.

5) L. 13. D. fin. regund.

Beklagten geleugnete neue Anlegung des Brunnes dargethan worden; also die, auf Verlegung und Entfernung des Brunnens gerichtete Klage, keinesweges gehörig begründet ist; so wird zwar Sententia a qua hiermit bestätigt; wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß dem Kläger und Appellanten, wider die von dem unvorsichtigen Ausschütten des Wassers, dazu der Beklagte und Appellat, wenn auch solches von ihm, den vorigen Eigenthümern des Brunnens, und den ihrigen, seit den längsten Zeiten geschehen wäre, keine rechtliche Befugniß erwerben können — zu besorgende Beschädigung des Hauses, etwa durch einen Vorsatz von Mauerwerk, oder Holz, Erhöhung des Randes der Rinne, Ableitung des verschütteten Wassers, oder eine cautionem de damno infecto gesichert zu werden, zu fordern und zu dem Ende bei dem Magistrat zu Uelzen um eine Localuntersuchung, mit Zuziehung von Sachkundigen, und bei verfehltem gütlichen Vereine zu treffende richterliche Verfügung anzusuchen, unbenommen bleibe.

CXXVIII. Erörterung.

Ueber die Entfernung eines neu zu grabenden Brunnens.

Auf den Grund einer Stelle der Pandecten pflegt angenommen zu werden, daß ein Brunnen nicht näher, als einen Schritt — 2 Fuß — von der Grenze des Nachbars, gegraben werden dürfe[1]). Allein schon die Anfangsworte derselben zeigen es deutlich, daß diese Stelle nicht als eine gesetzliche Vorschrift in die Pandecten hat aufgenommen werden sollen. Sie ist aus dem Gajus Lib. IV. ad Leg. XII. Tabb. genommen, in welche die Decemviri ein, jetzt verloren gegangenes, uns unbekanntes Gesetz: de finium ratione, eingerückt hatten[2]). Darüber war vom Gajus commentirt, und bemerkt: illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo ejus legis

1) L. 13. D. fin. rogund. Allein das im griechischen Text vorkommende Wort: ὀργυάν soll auch 5. 6. oder 9. Fuß bedeuten. Meermann Metrologia p. 59. Eisenhart in diss. ad leg. 13. D. fin. regundor. §. 7. in opusc. p. 219.

2) Funccius ad Leg. XII. Tabb. p. 361.

scriptum est, quam Athenis Solon dicitur tulisse. Diese Worte des Gajus, sind in die Pandecten aufgenommen, nicht das angebliche Gesetz des Solon, — welches jener darauf in griechischer Sprache anführt, — sondern die uns unbekannte Verordnung des XII. Tafelgesetzes, welche nicht genau dem Athieniensischen Gesetze folgte; vielmehr nur ad exemplum ejus quodammodo scripta war, kann als Lex Digestorum betrachtet werden. Denn Gajus sagt nicht: legem Solonis esse observandam, sondern nur: illud observandum esse, quod quodammodo ad exemplum ejus scriptum est. Ob aber darin gleichfalls passus latitudo für die Brunnen bestimmt gewesen ist, weiß man nicht. Die Ungewißheit wird aber dadurch noch vermehrt, daß Gajus die Worte von Solons Gesetz nicht vollständig anführt, und verschiedenes übergangen zu seyn scheint, was merkwürdig ist. Durch die Aufnahme der Worte das Gajus in die Pandecten, kann man daher jenes Gesetz nicht als bestätigt ansehn; aber es verdient doch immer einige Rücksicht, weil es in der Natur der Sache und der Billigkeit gegründet ist.

Die lateinischen Worte des Textes sind übrigens nicht vom Gajus, auch in dem florentinischen Codex der Pandecten nicht anzutreffen, sondern eine neue, vom Bulgarus gemachte Uebersetzung [3]), die wenigstens den Sinn des Gesetzes wiedergiebt, und keine Unrichtigkeiten bei den Worten: Si puteum — passus latitudinem — enthält, wie sonst wohl bei den Uebersetzungen des Bulgarus, vom Alicat und andern Commentatoren, bemerkt sind. Aber die vom Gajus angeführten Worte aus Solons

3) Alicatus dispunct. lib. 2. c. 7. in Opusc. Tom. 4. p. 184.

Gesetz sind, wie erwähnt ist, selbst unvollständig, und nach Leunclav[4]) umständlicher Auseinandersetzung, in Hinsicht auf das Brunnengraben, dahin zu restituiren und zu vervollständigen: Si puteum, modo vicini puteus, istic antea non erat, eique per novum opus damnum non datur, tantum ad spatium quanta profunditas erit, recedere debet — Hiernach war die Entfernung eines neu zu grabenden Brunnens hauptsächlich darnach zu bestimmen, daß dem schon vorhandenen Brunnen des Nachbars die Wasserader nicht entzogen werde, und zugleich sichtbar, daß Solons Gesetz sich durchgehends nur auf neuen Bau, neue Vorrichtungen beschränkte. Dem Sinne und den Worten des griechischen Gesetzes, welches der, nach dem leg. fin. D. fin. regundor., zu befolgenden Vorschrift des XII Tafelgesetzes, quodammodo zu Muster gedient hat — mag man dem vom Gajus angeführten, vom Bulgarus übersetzten, oder dem genauer hergestellten Texte folgen — ist es daher gemäß, daß alle Vorschriften des Gesetzes von den Entfernungen, Zwischenräumen und Längenmaßen — de mensuris et interstitiis — nur bei neuen Bauen und Anlagen anzuwenden waren[5]). In der Natur der Sache und in der Billigkeit selbst ist dieses auch gegründet; denn hat der eine Nachbar schon einen Brunnen in fundo proprio, so mag es sich der andere Nachbar selbst zuschreiben, welcher solchem so nahe bauet, daß ihm jener schädlich wird*); sich selbst könnte er

4) Notator. Lib. 2. c. 34 — in Otto Thesaur. Tom. 3. p. 1511.

5) Damit stimmt auch der alte Rechtslehrer Hermenopolus, in promt. iur. Lib. 2. T. 4. p. 98., schon überein.

*) Glück Commentar §. 319.

nur, aber nicht dem Nachbar, der nichts Neues bauet, novum opus nunciiren. Wer von beiden Nachbarn aber die Anlage eines Brunnens zuletzt gemacht hat, und dadurch dem Andern zu nahe getreten seyn soll, bleibt immer nur eine Thatfrage, die der Kläger, im Leugnungsfalle, zu erweisen hat. Ob aber überhaupt, bei ermangelnden besondern Statuten, oder dem Gesetz des Solon conformen Observanzen, durch die angeführte Pandectenstelle eine servitus legalis negativa für constituirt zu erachten ist; mithin ein Kläger, durch bloße Beziehung auf dieselbe, seine Klage in petitorio begründen kann *)? hängt von der Bestimmung ab: ob die römischen Policeibauvorschriften noch gegenwärtig schlechthin anzuwenden sind, oder nicht? Verschiedene Rechtslehrer behaupten das Erstere [6]), andere aber das Letztere [7]), welche hinsichtlich der Entfernungen und Zwischenräume lediglich auf die Local-Baustatuten und Observanzen, und bei deren Mangel, auf das Gutachten von Sachverständigen gesehn wissen wollen. Siehet man bei allen den römischen Bau-Policeigesetzen, die sich in den verschiedenen Titeln des Corp. iuris befinden, auf die

*) Nic. Valla de reb. dubiis tract. 8 p. 124. nennt diese Klage actio oder condictio ex lege ult. D. fin. regund. Man kann sie aber auch mit dem Namen der confessorischen Klage bezeichnen, weil die negativen Dienstbarkeiten in Bausachen durch das Gesetz constituirt werden. L. fin. §. 1. C. de Servitut.

6) Insonderheit Eisenhart a. a. O. §. 9 ff.

7) Grönewegen de legib. abrogatis, ad leg. 9. C. de aedific. privat. Marsmann tract. mathematic. iuridic. de metrolog. Cap. 4. §. 22. Struv de aedific. privat. §. 74. Riese de restricta libertate aedific. cap. 1. §. 5.

tägliche Erfahrung, so wird man deren Nichtgebrauch — da z. B. fast in allen Städten die Nachbarhäuser meistens kein interstitium duorum pedum haben, und man bei Pflanzung der Bäume eben so wenig ad quinque pedes abweicht, daß man sie vielmehr, ohne alle Servitut, unmittelbar an des Nachbars Grenze setzt [8]) — kaum bezweifeln können. Man sehe das in der vorigen Erörterung angeführte Erkenntniß in Sachen Hövermann w. Schrader.

8) Mein Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 137.

CXXIX. Erört.

CXXIX. Erörterung.

Rechtsverbindlichkeit der Wetten.

Nach der römischen Rechtstheorie von Verträgen bewirkt die Sponsion keine vollkommne Verbindlichkeit. Sie ist in die Classe der genannten Contracte nicht mit aufgenommen, und kein besonderes Gesetz legt ihr verbindende Kraft bei. Zur Gültigkeit derselben bedurfte es, nach dieser Theorie, entweder einer Stipulation, oder der vorläufigen Uebergabe des praemii sponsionis, wodurch sie die Natur eines ungenannten Contracts erhielt [1]. Nach deutschen Rechten und Gewohnheiten läßt sich aber die Gültigkeit aller der Verträge nicht bezweifeln, welche nach römischem Rechte bloß unverbindlich, aber nicht geradezu verboten waren, und es fehlt selbst nicht an Particulargesetzen, welche die Wette zu den gültigen Verträgen zählen [2]. Der Name: condictio ex moribus, womit die Rechtslehrer die aus einer Wette entspringende Klage bezeichnen, deutet schon den deutschen

1) L. 17. §. fin. D. de praescript. verb.

2) Stryk U. M. Lib. XI. tit. 5. §. 20. Wehner Obs. select. voc. Wette. Besold thesaur. pract. voc. Wette. Griesinger Comment. über des Wirtemb. Landrecht. B. 4. §. 250. Das Gesetzbuch für die Preuss. Staaten Th. 1. tit. 11. §. 579. nähert sich bei der Lehre von den Wetten mehr dem römischen Rechte.

Ursprung der Verbindlichkeit einer bloß verabredeten, aber mit keiner Uebergabe verknüpften Wette an [3]).

Eine Hauptrücksicht bei den Wetten beruhet darauf, daß bei den Wettenden ihre Absicht und Ueberzeugung auf die Wahrscheinlich- oder Unwahrscheinlichkeit eines Erfolgs, oder auf die Gewißheit eines Ereignisses, eines Thatumstandes, gerichtet seyn muß. Ob aber diese Ueberzeugung von dem bloßen Wunsche, daß die Sache sich so, und nicht anders verhalten und ausfallen möge, oder ob sie nur dadurch Interesse erhalten, daß sie Widerspruch gefunden, und zu einer Contestation Anlaß gegeben hat, ist ganz gleichgültig. Ohne ein solches Interesse ist aber die Wette von verbotenen [4]) Glücksspielen nicht zu unterscheiden [5]).

Die Verbindlichkeit der Wetten leidet indeß auch bei uns verschiedene Einschränkungen, so wohl nach den Gesetzen, als nach analogischen Gründen. Der Zweck der Wette, oder die Thatsache, welche existiren, oder nicht existiren soll, muß

1) den guten Sitten, dem Anstande und der Schicklichkeit nicht entgegen, über keinen verbotenen Gegenstand geschlossen oder gelegt seyn, und überhaupt nichts Uner-

3) Berger Oecon. iur. lib. 3. tit. 3. th. 6. Menke Syst. iur. civ. Lib. XI. tit. 5. §. 10.

4) L. ult. C. de aleator. Verordnungen vom 23sten Decemb. 1732. 13ten Mai 1763, und 21sten Septemb. 1770, in Spangenberg Sammlung Th. 2. S. 48 und 364. Nach dem römischen Rechte verlieren, selbst erlaubte Geschäfte, ihre Gültigkeit wenn sie in ein Glücksspiel übergehn. L. 5. D. de naut. foenore.

5) Die Wetten haben zwar mit den Glücksspielen große Aehnlichkeit; aber dennoch läßt sich von dem Verbote der letztern, nicht zugleich auf die Unverbindlichkeit der erstern schließen. Leyser Spec. 127. m. 1.

laubtes und Schädliches enthalten[6]). Daher sind z. B. Wetten über zuzufügende wörtliche, oder thätliche Beleidigungen, verbotene[7]) Spiele, Uebertreffen im Trinken und dergleichen, unwirksam und unverbindlich.

2) Nicht einzig und allein des Gewinnstes wegen, und ohne alles andere Interesse an einer Sache, also nur in der Absicht aufgegriffen und herbeigezogen seyn, um mit deren Beschaffenheit oder Ausgange Gewinn, oder Verlust zu verknüpfen. In solchen Fällen (z. B. das sogenannte Pariren bei Spielen) würde die Wette lediglich in ein unerlaubtes Glücksspiel ausarten[8]). Indeß sind davon die Wetten, über an sich ganz indifferente Gegenstände, verschieden und deren Gültigkeit ist nicht zu bezweifeln[9]).

3) Müssen die Wettenden in Ansehung des Ereignisses, worüber die Wette gemacht, oder gelegt ist, in gleicher Unwissenheit sich befinden, und nicht einer derselben schon völlige Kenntniß und Wissenschaft von diesem Ereignisse haben, wenigstens gegen den Andern nicht damit zurückhalten. Ohne letzteres vorauszusetzen ist derselbe, indem er sich den Gewinn zueignen will, von Arglist nicht freizusprechen[10]). Einer durch Betrug veranlaßten Wette ist auch, der Regel nach, diejenige gleich zu achten, wobei sich der eine Theil absichtlich verfänglicher, oder zweideutiger Worte bedient hat[11]). Endlich darf

6) Plane si inhonesta caussa Sponsionis fuit. L. 17. §. 5. D. de praescript. verbis.

7) Wetten über erlaubte Spiele sind dagegen gültig. Glück Comment. § 760. Indeß macht Struben, rechtl. Bedenk. Th. 4. B. 131, von der Vorschrift der L. 3. C. de aleator. Anwendung auf das Billardspiel.

8) L. 3. D. u. L. 3. C. de aleator. Darauf möchte Voet Meinung im Commentar tit. de aleator. n. 8. volle Anwendung finden.

9) Overbeck Meditationen Nr. 71.

10) Berger Oecon. iur. Lib. 3. tit. 3. th. 5. Glück a. a. O. §. 761.

11) Ludovici de interpret. Sponsionum §. 20 seq.

4) bei der Wette selbst ein angemessenes Maaß nicht überschritten werden. Die gemeinen Rechte beschränken zwar die Wetten auf keine bestimmte Summe; aber weil sie leicht in Uebereilung und Leidenschaft gemacht, und bei hohen Summen eben so schädlich nnd verderblich für den Verlierenden werden können, als das Hazardspiel; so hat die Praxis, nach der Analogie von Schenkungen, dem Richter die Befugniß eingeräumt, die hohen Wettsummen billig zu moderiren. Wenn also bei der Erfüllung der Wette Jemand sich oder den Seinigen den Lebensunterhalt entziehen müßte[12]; wenn sie 500 Ducaten übersteigen sollte[13]. u. s. w., so würde eine, den Umständen angemeßne, Herabsetzung richterlich statt finden können[14].

Uebrigens ist bei Bestimmung der Gültigkeit und Verbindlichkeit einer Wette, allemal die Absicht der Wettenden, die Umstände, unter welchen sie statt gefunden hat, und der Sinn der dabei gebrauchten Worte, von vorzüglichem Einflusse auf die Beurtheilung des rechtlichen Erfolgs derselben[15].

12) L. 12. C. de donat.

13) L. 34. 35. C. eod.

14) Glück a. a. O. §. 761 Note 9.

15) Am gründlichsten ist die Lehre von der Rechtsverbindlichkeit der Wetten in den Beiträgen zur jurist. Literatur in den Preuss. Staaten, Samml. 2. S. 70 ff., bearbeitet.

CXXX. Erörterung.

Von der Bestrafung betrügerischer, muthwilliger, fahrlässiger und unbesonnener Bankerottirer.

Eine officielle, inquisitorische Untersuchung, über die Ursachen des Vermögensverfalles eines Schuldners, kann überhaupt nur alsdann statt finden, wenn derselbe zum Abtrag verschiedener eingeklagten Schuldforderungen rechtskräftig verurtheilt ist; und sich die Insuffizienz seines Vermögens ergiebt. So leichtsinnig auch ein Schuldner bei seinen Anleihen, und deren Verwendung, sich bewiesen haben mag, so kann doch an und für sich ein solcher Leichtsinn niemals, sondern nur der Nachtheil, welchen die Gläubiger durch den Betrug und Muthwillen, oder die Fahrlässigkeit und Unbesonnenheit des insolventen Schuldners erlitten haben, der Gegenstand, oder die Veranlassung einer solchen Untersuchung seyn. Weder die gemeinen Rechte, nach unsre Landesgesetze bestimmen eine Strafe auf die bloße Verschwendung des eignen Vermögens; sie setzen derselben nur Schranken, indem sie die Gerichte anweisen, dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens zu entziehen.

Verschieden von bloßen Verschwendern sind aber die Bankerottirer und Falliten. Das Verbrechen der letztern ist, nach den Grundsätzen der Verfälschungen und Betrügereien, zu beurtheilen, und die Bestrafung derselben nach der Größe des Vorsatzes, der Fahrlässigkeit und Unbesonnenheit des Schuldners, ingleichen des den Gläubigern dadurch zugefügten Schadens, zu ermäßigen[1]).

1) Quistorp Beitr. z. Erläuter. verschiedener Rechtsmaterien. Num. 13 Der unverschuldet, durch erweisliche Unglück-falle, insolvent ge-

Unsere Landesgesetze [2]) bestimmen ebenfalls eine Strafe für diejenigen Bankerottirer, die entweder vorsätzlich und betrüglich ihre Gläubiger, durch Geldanleihen, Ankäufe von Waaren und andern Gegenständen, die sie nicht bezahlen können, in Schaden bringen; oder aus Fahrlässigkeit, Unverstand, Nachlässigkeit und Unbesonnenheit, durch übertriebenen Aufwand, verderbliche Unordnung in ihren Geschäften und Hauswesen u. dergl. verkürzen und benachtheiligen. Sie machen überall keinen Unterschied, ob die Zahlungslosigkeit des Schuldners, durch bösen Vorsatz, oder aus bloßer Fahrlässigkeit, mithin dolose oder culpose; durch Geldanleihen, oder Ankauf von Waaren, Gütern u. s. w. veranlaßt und herbeigeführt ist, oder nicht?

Aber bestimmt entscheiden unsere Landesgesetze hierbei den Fall nicht, wo Jemand zwar eine, sein Vermögen übersteigende Schuldenlast contrahirt hat, jedoch nach eingetretenem concursmäßigen Verfahren wieder im Stande ist, seine gesammten Gläubiger zu befriedigen. Nach allgemeinen Principien dürfte in einem solchen Falle zu unterscheiden seyn: ob der Schuldner bloß durch zufällige Umstände, auf die er überall nicht sicher rechnen durfte, einen Zuwachs seines Vermögens erlangt hat, oder ob er schon mit Bestimmtheit, oder hoher Wahrscheinlichkeit auf den Besitz eines solchen Vermögens rechnen konnte, womit er alle seine Gläubiger zu befriedigen im Stande war [3])? Im ersten Falle ist der Schuld-

wordene Schuldner, ist kein Bankerottirer oder Fallit. Püttmann de cessione bonor. contumeliosa, in opusc. iur. crim. p. 155.

2) Verordnung vom 15ten März 1724. §. 1. u. 9. desgl. vom 13. Jan. 1750, und vom 24sten Sept. 1822.

3) Z. B. wenn ein Sohn reicher Eltern auf seinen künftigen Erbtheil

ner gewiß nicht von aller Absicht, seine Gläubiger zu betrügen, oder zu hintergehn, freizusprechen, und er wird also nicht ganz straflos bleiben können*); im letztern Falle aber darf man dem Schuldner eine böse Absicht nicht wohl beimessen und da, wo weder der Vorsatz zu schaden und zu betrügen, noch der wirkliche Erfolg eines Schadens zu befinden ist, kann auch keine Bestrafung statt haben.

Die angeführten Landesgesetze bestimmen sowohl die Ursachen, welche einen Bankerott, ein Fallissement, zu veranlassen pflegen, als die darauf gesetzten Strafen, welche ohne Unterschied der Personen, des Standes und Ranges, angewendet werden sollen; ingleichen die wider den Bankerottirer zu befolgende Procedur. Der boshafte, vorsätzliche und muthwillige Bankerott [4]) wird, nach der Größe des Vorsatzes und gestifteten Schadens, mit lebenslänglicher oder temporeller Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten [5]); der aus Fahrlässigkeit, Un-

Schulden gemacht hat; wenn die Eltern gewohnt gewesen sind, des Sohnes Schulden zu tilgen und dergl.

*) in maleficiis voluntas spectetur, non exitus. L. 14. D. ad leg. Cornel. de Siccar.

4) Solcher ist jedesmal unbedenklich anzunehmen, wenn der Schuldner sein Vermögen, um seine Gläubiger zu hintergehn, verheimlicht, oder Andern böslich abtritt; wenn er, auf Unkosten seiner Creditoren, in übermäßiger Pracht und Verschwendung gelebt hat u. s. w. Klein Criminalrecht §. 478.

5) Die in der Verordnung vom 15ten März 1726. §. 1. bestimmte Todesstrafe wird, nach dem Gerichtsgebrauche, schwerlich mehr in Anwendung kommen. Vergl. Tittmann Strafrechtswissensch. §. 519.

verstand und Unbesonnenheit[6]) herbeigeführte Zustand der Zahlungslosigkeit aber, nach den jedesmaligen besondern Umständen, mit Karrenschieben, Zuchthaus oder Gefängniß, auf längere oder kürzere Zeit, bestraft.

Haben übrigens die Gläubiger einen Accord mit dem Schuldner abgeschlossen, wozu sie nicht durch Verheimlichung des wahren Vermögenszustandes, erdichtete Umstände, hinterlistige Beredungen u. s. w. des Schuldners veranlaßt sind; oder haben sie selbst eine Fürbitte für denselben eingelegt, so pflegt im ersten Falle die Strafe ganz erlassen, im letztern aber gemildert zu werden[7]).

6) Dazu ist besonders der Fall zu zählen, wenn der Schuldner mit fremden Geldern, ohne Genehmigung des Gläubigers, verwegene und unsichere Speculationen gemacht hat, die nicht einmal durch scheinbar zu entschuldigende Irrthümer gerechtfertigt werden können. von Grolmann Criminalrechtswissenschaft §. 324.

7) Quistorp a. a. O. S. 196.

Register.

Register.

(Die angegebene Zahl zeigt die Seite an.)

B.

C.

D.

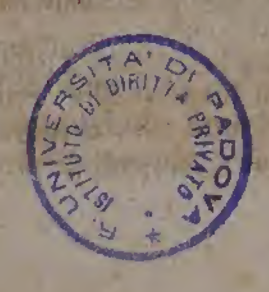
H.

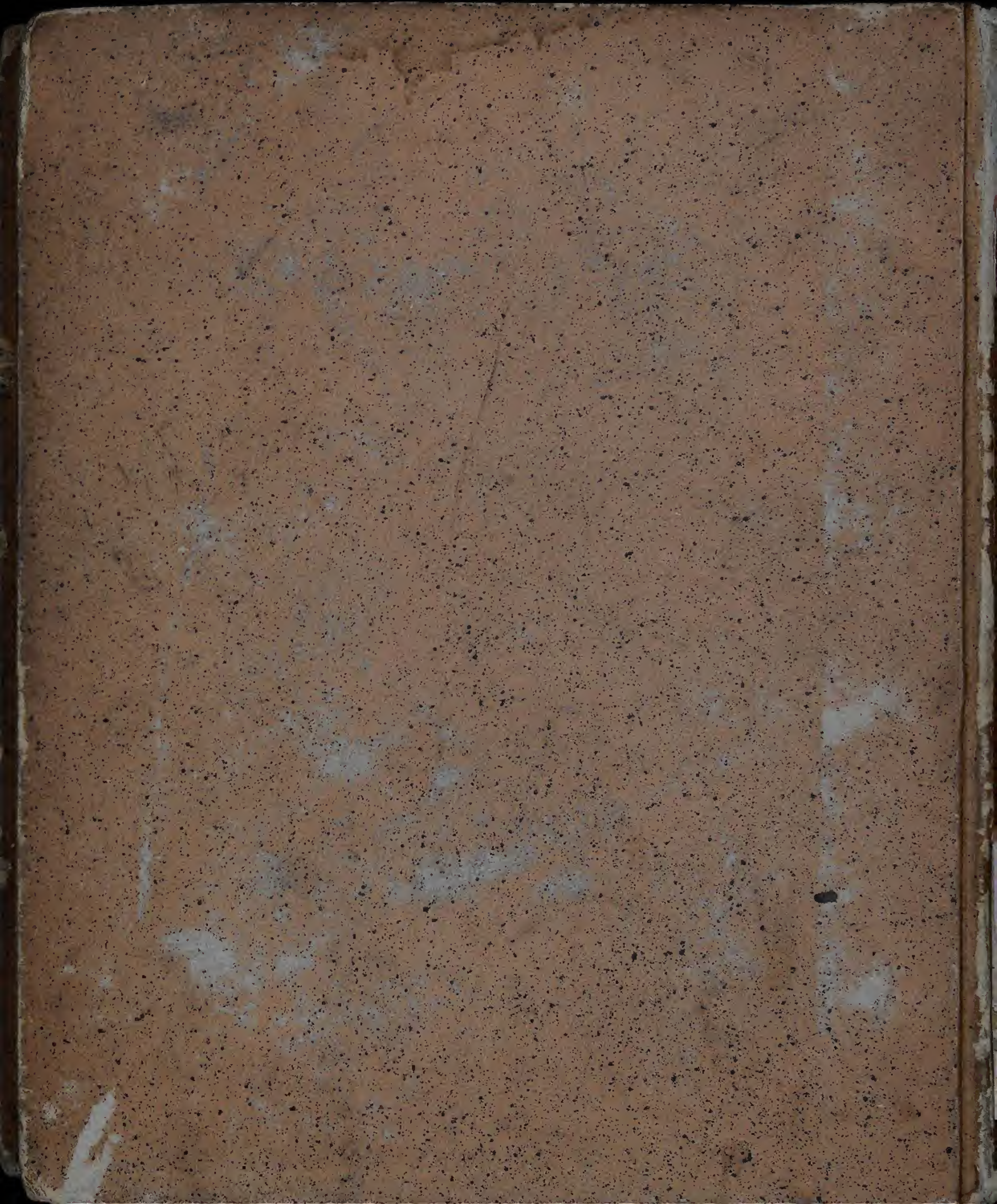
J.

M.

Druckfehler.

Seite 40. Zeile 9. statt Beklärung, lies Erklärung.
Ebendas. statt Erkenntniß l. Bekenntniß.
S. 55. Z. 6. st. Ressert l. Ressort.
S. 59. Z. 6. st. Proscript. l. Praescript.
S. 69. Z. 25. st. Testirens, l. Testirers.
S. 68. Note. 3. Pract. Erörter. III. 71.
S. 145. Z. 23. st. Atonomie l. Autonomie.
S. 191. Note. 2. st. 140. l. 126.
S. 241. Z. 10. st. salve, l. salva.
S. 257. Z. 1. st. Ganzes l. Ganges.





Hagemann's practische Erörterung 7. Band

LXXIV. Er

Von dem Kar

An den wenigsten O
einer zusammenhängen
einzelnen zehntpflichtigen
Brachfeldern gebauet, wo
Schon deßhalb, und besond
Verordnung vom 30sten Ma
bau keine Anwendung find
Futterkräutern und Gew
wenn gleich das Vieh hin und

Daß dem Zehntherrn a
Zehnte gebührt, welche auf ze
werden, hat gar keinen Zw
die Zehntherrn, seit dem A
Naturalzehnten, mit einem
wesen, welches nach Morgen
andere Weise festgesetzt ist.
ist der Naturzehntzieh
und die Zehntpflichtigen k
Befreiung davon rechtlich
entweder ein besonderer

1) Mein Handb. des Landwirt

2) Landwirthschaftsrecht §

aufhebender Vertrag, oder ein qualificirter Besitz zur Seite steht, wie vom Königl. Oberappellationsgerichte, am 14ten Jan. 1820, in Sachen der Zehntpflichtigen zu Hagen, w. Sellhorn, in pto. Kartoffelnzehntens, entschieden ist.

wird übrigens entweder
ie zehnte Reihe der Kar-
es Kartoffelnstücks genom-
en, oder Zehntherren sie
sich zunächst aus Verträ-
s an diesen Normen, so
rodungsverbindlich-
estellungs-, aber nicht
ns- und Einsammelns
hin und wieder von den
t fahrende Zehnten — auf
r der Erde, welche keine
hnt werden darf[3]).

dwirthschaftsrechts, 1 Aufl.
uptet habe, so nehme ich jetzt die-